

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

**PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE
(PMI): SOLICITAÇÃO E APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS E
PROJETOS PARA A ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES
COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do Grau de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique
Urquhart Cademartori

Florianópolis, Santa Catarina
2013

Schiefler, Gustavo Henrique Carvalho

Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):
solicitação e apresentação de estudos e projetos para a
estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas /

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler ;
orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori -
Florianópolis, SC, 2013.

500 p.; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito. 3. Direito administrativo. 4.
Concessões Públicas. 5. Procedimento de Manifestação de
Interesse. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

**PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE
(PMI): SOLICITAÇÃO E APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS E
PROJETOS PARA A ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES
COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 10 de maio de 2013.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador – UFSC

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira
USP

Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr
PUC/SP

Prof. Dr. Márcio Cammarosano
PUC/SP

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Adriana e ao meu pai Rui, em tudo e por tudo; pela minha vida e por tal como ela é; pela dedicação e pelo incentivo; pela educação e pelo carinho; pela estrutura e por todo o amor que compartilhamos. Aos meus irmãos Ricardo, Eduardo e Catarina, cujo afeto é também de grandeza sem medida; amo vocês desde que nasceram.

À minha prima Juliana, por me ter confiado a honra e o privilégio de ser o padrinho da Helena. Ao meu tio Henrique, igualmente, por me ter confiado a honra e o privilégio de ser o padrinho do Rafael. Aos meus afilhados, que me conferem grande orgulho e responsabilidade.

Aos meus avós Míriam e Marcos, Maria Luiza e Almir. À minha madrinha Vera, aos meus primos e aos meus tios. Aos meus bisavós, *in memoriam*. À minha família, que constitui o meu porto seguro.

Em especial, também, à Camila Fernanda Batalha, meu amor, que viveu intensamente comigo os ótimos e incríveis momentos do último triênio. Sabe bem o orgulho que tenho pelas suas conquistas e a gratidão que cultivo por suas opiniões e conselhos. Não há distância neste mundo que nos afaste os corações.

Ao Otávio Goulart Minatto, pela amizade genuína e por toda a lógica reversa e apurada com que me apresenta as nuances da vida. Ao Bernardo Wildi Lins, pela amizade confidente e pelos juízos de opinião certos, companheiro ideal para muitos e muitos projetos. Ao Bruno de Oliveira Carreirão, igualmente, pela amizade, pelas opiniões diretas e pela companhia próxima em grandes desafios. À Marina Gondin Ramos, pela amizade conselheira, comprometida e leal, pela opinião sincera e relevante.

Ao Felipe Seara Müller e ao Guilherme Seara Müller, amizade da mais pura, pela formação conjunta de caráter e pelos momentos memoráveis vivenciados. Ao Kauê Werner, pela inspiração musical, artística, amizade longa e sincera.

Ao Ricardo de Holanda Janesch, pelo privilégio de me propiciar uma amizade-sociedade, com quem tenho dívida longa por todo o trabalho desenvolvido no bem querido Portal Jurídico Investidura durante a minha imersão no mestrado, que se soma, não esqueço, ao período e que me dediquei ao Centro Acadêmico XI de Fevereiro, a quem, pela seriedade e qualidade, deposito confiança irrestrita. Ao Giovani Favoreto Brocardo, parceiríssimo das minhas primeiras investidas como advogado, ainda no Escritório Modelo de Assistência Jurídica – EMAJ/UFSC. Ao Marcel Damato Belli, pelo humor crítico com que conduz a vida e pelas parcerias de trabalho; ao Caio César Matsumoto, pelas boas opiniões; ao

Guilherme Lanzini Scatolin, pelas boas conversas; ao Hernane Elesbão Wiese, pelos bons eventos; ao Leonardo Souza Brum, pelos bons desafios; à Camila Michels Corrêa, pelo suporte didático e carinho; ao Pyther Fontão, por aprofundar e ensaiar respostas às dúvidas mais pungentes e permanentes do universo em que vivemos; e ao José Ângelo Campolina, pelas boas risadas. A todos vocês, por todos os bons momentos que convivemos ao longo da graduação. Todos amigos brutos, de primeira linha.

Ao Gustavo Knaesel Hoffmann, pelas boas discussões e por compartilhar a sua compreensão das sutilezas das artes e da mente. Ao Bernardo Rohden Pires, amigo que a tudo conhece e cuja opinião sempre me interessa. Ao Arthur Rodrigues Dalmarco, por compreender as angústias daqueles que defendem um mundo mais livre. Ao Samir Fiates, pela amizade sincera e verdadeira, marcada por momentos históricos.

Ao Luiz Henrique Urquhart Cademartori, meu professor orientador, pela confiança, pela oportunidade, pelos ensinamentos e pelos bem dirigidos conselhos durante o curso de mestrado. Ao Joel de Menezes Niebuhr, jurista da mais alta estirpe, sobre quem guardo profunda admiração e gratidão, pela confiança, pela amizade, pelas oportunidades e pelas valiosas lições de direito e da vida. Ao Gustavo Henrique Justino de Oliveira, pelas boas ponderações e pelos questionamentos perspicazes na qualidade de professor membro da banca de arguição deste trabalho, que me motivam a aprofundar os estudos e a seguir com espírito investigativo, criativo e crítico, bem como pela oportunidade a mim conferida para desenvolver pesquisa em conjunto no Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo Democrático da Universidade de São Paulo – NEPAD/USP. Ao Márcio Cammarosano, igualmente, pela participação contundente como professor membro da banca de arguição deste trabalho, cujos apontamentos foram lições verdadeiramente essenciais e complementares à minha formação como jurista. Ao Luis Carlos Cancellier de Olivo, também pela participação como membro da banca de arguição, assim como pela cordialidade e presteza com que sempre recebeu as minhas demandas como acadêmico e como representante estudantil. Aos cinco professores ora mencionados, em conjunto, pela análise apurada desta pesquisa e, especialmente, por materializarem uma banca de arguição cuja composição é um sonho para qualquer acadêmico de direito administrativo. Vocês foram responsáveis por eternizar em boa memória a sessão de defesa deste trabalho, conferindo a mim honra e privilégio inenarráveis.

Ao Eduardo de Carvalho Rêgo, pela genialidade própria e única de um enxadrista kafkiano, cuja amizade foi um privilégio que o acaso me

propiciou. Ao amigo Cauê Vecchia Luzia, pela disposição em compartilhar a experiência e os conhecimentos da prática advocatícia, que sempre foram essenciais para a minha carreira profissional. Ao amigo Guilherme Coutinho Silva, pela musicalidade jurídica, que é arte verdadeira. Ao Philippe Pessoa Sundfeld, à Giovanna Maisa Gamba e à Roberta Kuzolitz, pela dedicação e pela formação da grande equipe de licitações e contratos, pessoas com quem compartilho, com muito gosto, a jornada diária, as ideias que surgem e os assuntos que interessam. Destaco, ainda, em igual medida, o carinho especial que nutro por todos os colaboradores da Menezes Niebuhr Advogados Associados, onde tenho a oportunidade de compartilhar a rotina e de contar com a companhia de amigos juristas da mais alta qualidade. É uma grande honra trabalhar com vocês.

Manifesto, assim, a minha imensurável gratidão àqueles que têm parte neste trabalho. Especialmente, também, àqueles a quem, pela ventura dos caminhos e descaminhos da vida, deixei de acompanhar de perto a rotina, mas que estão bem conservados em minha estima e têm o meu eterno carinho. Apresento as minhas desculpas a todos que, por alguma razão, embora deveriam e merecessem ser citados nominalmente, terminaram por receber o não menos sincero agradecimento subentendido.

Todos vocês me influenciaram e concorreram para formar o que hoje sou. Vocês são as minhas fontes de motivação e formam as razões maiores da minha vida. Se houve algum mérito neste trabalho, ele é devido e dedicado integralmente a vocês. Se não houve qualquer, ou se os deméritos foram maiores, certamente a razão perpassará as minhas faltas, sobretudo, em deixar de me socorrer ainda mais dessa boa influência que vocês me oferecem.

Esta dissertação marca o fim de uma jornada, pois, por ora, suspende a minha estada pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pretendo, devo registrar, algum dia e de alguma forma, retribuir adequadamente tudo aquilo que me foi oportunizado durante os últimos seis anos.

Evoluir é variar. Na evolução humana, o pensamento varia incessantemente. Toda variação é adquirida por temperamentos predispostos; as variações úteis tendem a conservar-se. A experiência determina a formação natural dos conceitos genéricos, cada vez mais sintéticos; destes, a imaginação abstrai certos caracteres comuns, elaborando idéias gerais que podem ser hipóteses acerca do evoluir incessante: assim se formam os ideais, que, para o homem, são normativos da conduta, de conformidade com suas hipóteses. Eles não são apriorísticos, e sim induzidos de uma vasta experiência; sobre esta se alça a imaginação para prever o sentido no qual a Humanidade varia. Todo ideal representa um novo estado de equilíbrio entre o passado e o futuro. (José Ingenieros, em *O Homem Mediocre*, 1963, p. 8, grafia da época)

RESUMO

Esta dissertação reúne, analisa e interpreta os fundamentos jurídicos e a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse, instituto de direito administrativo que empresta função complementar aos métodos tradicionais de estruturação de licitações públicas e contratos administrativos para a delegação da prestação de utilidades públicas. A sua própria existência e o reiterado emprego pela Administração Pública brasileira refletem e percorrem os dilemas e as transformações que acometem o regime jurídico-administrativo brasileiro no século XXI. O contexto político-econômico em que se insere o Procedimento de Manifestação de Interesse reclama da Administração Pública a institucionalização do diálogo público-privado, o que deve se dar por intermédio de processo administrativo participativo, consensual, isonômico e transparente. A demanda se robustece com a constatação de que o objeto de aplicação do instituto representa o âmago da legitimidade da função administrativa do Estado: a prestação adequada de utilidades públicas em obséquio do provimento de eficácia aos direitos fundamentais. Disserta-se, portanto, a respeito dos parâmetros jurídicos que devem ser observados quando da prática do Procedimento de Manifestação de Interesse, apresentando-se interpretação integral sobre como a sua regulamentação deve ser estabelecida para que seja consentânea aos princípios e valores constitucionais. Para tanto, resgata-se o histórico do direito administrativo brasileiro, expõem-se os principais característicos das concessões comuns e das parcerias público-privadas e a insuficiência das formas tradicionais de sua preparação, assim como dos institutos de diálogo hoje existentes. Ainda, apresentam-se os potenciais benefícios que se objetivam alcançar com o instituto, especialmente no âmbito de eficiência democrática e econômica, e os principais riscos a serem mitigados, com destaque para o perigo de captura do interesse público por interesses particulares ilegítimos. Defende-se, ao longo do texto, a observância de transparência ativa e integral por parte da Administração Pública, por ocasião do lançamento e desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse, como o primeiro pressuposto regulamentar para que haja conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse, PMI, manifestação de interesse, parcerias público-privadas, PPP, concessão, delegação da prestação de utilidades públicas, transparência ativa.

ABSTRACT

This dissertation intends to gather, analyze and interpret the legal basis and regulation of Expression of Interest (EOI) in Brazil. The Expression of Interest (EOI) is an administrative institute that complements the role of traditional methods for structuring public bids and contracts of public utilities. Its existence and reiterated use by Public Administration reflects the dilemmas and the changes affecting the Brazilian administrative law in XXI century. The political and economic context in which it operates claims for the institutionalization of public-private dialogue, which should take place through a democratic, consensual, isonomic and transparent administrative process. The institute's object represents the core legitimacy of state's administrative function: to proper delivery the public utilities in obedience to provide effective to the fundamental rights. This study investigates, therefore, the legal parameters that the Public Administration must observe when launching and developing the Expression of Interest (EOI). It also presents integral interpretation on how should take place its regulations to be consistent with Brazilian constitutional principles and values. For this purpose, this essay, at first, delineates Brazilian administrative law historical, exposes the main features of concessions contracts and public-private partnerships and the insufficiency of the traditional methods of its preparatory stage, as well as the inadequacy of the dialogue institutes that exist today. Also, this study presents the potential benefits of the institute, especially in the context of democratic and economic efficiency. In addition, it presents the risks involved with the Expression of Interest (EOI), which must be avoided. Highlights are given to risk of rent-seeking, as the capture of the public interest by private illegitimate interests. To prevent this risk, this study defends that the Public Administration must develop the Expression of Interest (EOI) in observance of active transparency, as a premise to compliance with Brazilian legal system.

Keywords: Expression of Interest (EOI), public-private partnerships, PPP, concessions contracts, public utilities, active transparency.

RÉSUMÉ

Cette dissertation réunit, analyse et interprète les fondements juridiques et la réglementation de la Procédure d'Appel à Manifestation d'Intérêt au Brésil, institut du droit administratif que prête fonction complémentaire aux méthodes traditionnels de structuration des achats publics et contrats administratifs de délégation de la prestation des utilités publiques. Ça propre existence et son réitéré emploi par l'Administration Publique brésilienne reflètent et parcourent les dilemmes et les transformation qui font face au régime juridique brésilien au XXI^e siècle. Le contexte politique-économique sur lequel s'insère la Procédure d'Appel à Manifestation d'Intérêt demande de l'Administration Publique l'institutionnalisation du dialogue public-privé, ce qui se fait présent par une procédure administrative participative, consensuelle, isonomique et transparente. La demande est fortifié avec la constatation que l'objet d'application de l'institut représente l'essence de la légitimité de la fonction administrative de l'État: la correcte prestation des utilités publiques en obéissance à la réalisation des droits fondamentaux. On dissert, alors, sur les paramètres juridiques qui doivent être observés dans la Procédure d'Appel à Manifestation d'Intérêt, en se présentent l'interprétation intégral sur comme il faut se faire ça réglementation pour qu'elle soit cohérente avec les principes et valeurs constitutionnels. Sur cette mesure, on rachete l'histoire du droit administratif brésilien, on exposent les principales caractéristiques des concessions communes et des partenariats public-privés, et la influence des formes traditionnelles de preparation, comme aussi des instituts de dialogue que existent aujourd'hui. Encore, sont présentés les potentiels avantages qu'on veut atteindre avec l'institut, notamment sur l'efficacité démocratique et économique, et les principaux risques qui peuvent être atténuées, en particulier sur le danger de capture d'intérêt public pour les intérêts particuliers illégitimes. En defendent, sur le text, l'observance de la transparence active et intégral pour l'Administration Publique, lors du lancement et développement de la Procédure d'Appel à Manifestation d'Intérêt, comme le premier hypothèse réglementaire pour avoir conformité avec l'ordre juridique brésilienne.

Mots-clé: Procédure d'Appel à Manifestation d'Intérêt, AMI, manifestation d'intérêt, Partenariat Public-Privé, PPP, concessions, délégation de service public, transparence active.

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO.....	23
2 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS E CONTEXTUAIS PARA O ESTUDO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	29
2.1 ASPECTOS DESTACADOS SOBRE O CONTEXTO EM QUE SE INSERE O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	29
2.2 A DIFICULDADE PARA SE OBTER UM CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A ALTERNATIVA FUNCIONAL DA EXPRESSÃO UTILIDADES PÚBLICAS	36
2.3 UMA SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO ATÉ O SÉCULO XXI.....	38
2.3.1 Os primeiros registros do instituto das concessões e do recém-chegado direito administrativo do século XIX.....	39
2.3.2 A justificativa econômica para a intervenção do Estado sobre os serviços monopolísticos e indispensáveis à coletividade no século XX.	48
2.3.3 A explicação teórica de León Duguit em favor do poder político como um fato natural e do dever estatal de promoção da solidariedade social.	54
2.3.4 O declínio do instituto das concessões a partir da década de 1930 e o seu ressurgimento na década de 1990, em paralelo com a ascensão e a queda do Estado-prestador.	57
2.3.5 O conceito de serviços públicos no século XX e uma breve exposição do seu conceito formal funcional contemporâneo	65
2.4 SÉCULO XXI: O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO É PAUTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E INVESTIDO DO PROPÓSITO DE PROVER EFICÁCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DEMOCRACIA.....	80
2.5. OS OBJETOS DE APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: AS CONCESSÕES COMUNS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	91
2.5.1 A plurissignificação do termo “concessão” e a delimitação aplicável ao estudo.....	91
2.5.2 Concessões comuns	94
2.5.3 Parcerias público-privadas (PPPs): a concessão patrocinada e a concessão administrativa	105
2.5.3.1 Considerações gerais sobre as parcerias público-privadas.....	105
2.5.3.2 Aspectos destacados da concessão patrocinada	115
2.5.3.3 Aspectos destacados da concessão administrativa	116
2.5.3.4 Notas distintivas entre o instituto das concessões e outros instrumentos comuns de cooperação.....	119
3 A COMPLEMENTARIEDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE ÀS DEMAIS FORMAS DE	

ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 123

3.1 NOÇÃO CONCEITUAL DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE..... 123

3.2 AS FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS INSTRUMENTOS DE APROXIMAÇÃO DE INTERESSES JÁ EXISTENTES 128

3.2.1 Por que a Administração Pública deve planejar as concessões comuns e as parcerias público-privadas? 128

3.2.2 Um destaque para a correlação entre o bom planejamento e a segurança jurídica dos contratos de concessão comum e de parceria público-privada 138

3.2.3 A histórica dificuldade para se planejar a busca pela melhor proposta em licitação pública. O relato secular de A. P. Ducret. 144

3.2.4 As formas de estruturação das concessões comuns e das parcerias público-privadas e os instrumentos de diálogo público-privado já existentes 148

3.2.4.1 A estruturação do projeto por meio do corpo técnico da Administração Pública. 148

3.2.4.2 A estruturação por meio da contratação de consultores técnicos especializados. 153

3.2.4.3 As prováveis inconveniências da estruturação por meio de licitação pública na modalidade concurso. 154

3.2.4.4 Outros instrumentos de aproximação entre a Administração Pública e os particulares no planejamento das concessões comuns e parcerias público-privadas 157

3.2.4.4.1 As audiências públicas e as consultas públicas 157

3.2.4.4.2 O *road show* 161

3.3 A COMPLEMENTARIEDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE AO PROCESSO DE ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. ... 165

3.4 O HISTÓRICO CRESCENTE DE LANÇAMENTOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL.. 170

4 OS PROPÓSITOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE, OS SEUS POTENCIAIS RISCOS E O GRANDE DESAFIO DA TRANSPARÊNCIA..... 181

4.1 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO DEMOCRÁTICO E EFICIENTE DE CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 181

4.1.1 A inevitabilidade do diálogo entre a Administração Pública e os particulares 181

4.1.2 A materialização de uma democracia participativa por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse 185

4.1.3 As potenciais vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse 196

4.1.3.1 As benesses da competição pela entrega dos estudos e projetos mais adequados ao interesse público.....	197
4.1.3.2 A redução da assimetria informacional.....	200
4.1.3.3 A vantagem competitiva para os particulares interessados na licitação pública e o reflexo na eficiência do contrato	204
4.1.3.4 A democratização das soluções: participação popular sobre a tomada de decisões.....	205
4.1.3.5 Autonomia jurídica à etapa interna da licitação pública e a institucionalização do diálogo	207
4.1.3.6 Transferência de custos e não comprometimento de recursos orçamentários.....	209
4.1.3.7 Acesso a novas soluções e formação de banco de projetos.....	211
4.1.3.8 Celeridade à estruturação dos projetos.....	212
4.1.3.9 Conhecimento prévio dos potenciais licitantes	213
4.1.3.10 Aumento da competitividade para a licitação pública.....	214
4.1.3.11 Possível transferência dos riscos pelos erros nos projetos e estudos.....	215
4.1.3.12 Fomento à elaboração de novas soluções à Administração Pública e à formação de um banco de profissionais capacitados	216
4.1.3.13 Transparência e segurança jurídica	217
4.2 OS RISCOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	218
4.2.1 Risco de aproveitamento parcial ou nulo dos estudos produzidos no Procedimento de Manifestação de Interesse	218
4.2.2 Risco de judicialização do Procedimento de Manifestação de Interesse	219
4.2.3 Risco de apropriação indevida dos estudos.....	220
4.2.4 Risco de diminuição da competitividade na licitação pública.....	221
4.2.5 Risco de captura do interesse público no Procedimento de Manifestação de Interesse.....	222
4.2.5.1 A teoria da captura interpretada em vistas do Procedimento de Manifestação de Interesse.....	223
4.2.5.2 O risco de legitimação de relacionamento ilícito pretérito via Procedimento de Manifestação de Interesse	227
4.2.5.3 O risco de captura do interesse público por ascendência técnica do particular ou por incapacidade gerencial da Administração Pública.....	228
4.2.5.4 O risco de conluio entre os futuros licitantes	232
4.2.6 Risco de agravamento da cultura da desconfiança dos particulares, do império do medo sobre os agentes públicos e do fomento ao controle obsessivo e excessivo.....	233
4.3 O DESAFIO DE TRANSPARÊNCIA ATIVA SOBRE O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	242
4.3.1 Uma situação hipotética extremada e uma proposição de solução: a transparência ativa.	242
4.3.2 Os benefícios que resultam da transparência ativa.....	247
4.3.3 Os fundamentos jurídicos que exigem da Administração Pública uma transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse	259

4.3.3.1 A Constituição Federal e o regime de livre acesso à informação	259
4.3.3.2 A Lei de Acesso à Informação, o dever de transparência ativa e a inexistência de hipótese legal de restrição de acesso que envolva os documentos manejados em Procedimento de Manifestação de Interesse	263
4.3.3.3 A rígida observância da transparência como faceta do direito fundamental à boa administração e como obrigação inerente às concessões comuns e às parcerias público-privadas	271
4.3.3.4 A questão da solicitação de sigilo sobre os dados cadastrais dos participantes	275
4.3.3.5 A questão da publicidade dos estudos jurídicos e financeiros que dão suporte à avaliação de mérito da Administração Pública sobre a conveniência e a oportunidade do projeto	277
5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	287
5.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	287
5.1.1 A suficiência normativa da Constituição Federal para respaldar a legalidade de procedimentos administrativos como o Procedimento de Manifestação de Interesse	288
5.1.2 Os fundamentos legais do Procedimento de Manifestação de Interesse	294
5.1.3 Os valores e os princípios que vinculam e irradiam efeitos sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse	303
5.1.3.1 Interesse público	304
5.1.3.2 Igualdade, isonomia, imparcialidade e impessoalidade	308
5.1.3.3 Transparência e ampla publicidade	309
5.1.3.4 Legalidade e razoabilidade	310
5.1.3.5 Discrecionariedade e motivação legítima	314
5.1.3.6 Devido processo administrativo	315
5.1.3.7 Vinculação ao instrumento convocatório	316
5.1.3.8 Julgamento objetivo	317
5.1.3.9 Eficiência, eficácia e proporcionalidade	317
5.1.3.10 Diligência e previdência da Administração Pública	318
5.1.3.11 Moralidade e probidade administrativa	319
5.1.3.12 Segurança jurídica, proteção da confiança legítima, boa-fé e lealdade	320
5.1.4 As licitações públicas e o Procedimento de Manifestação de Interesse	322
5.1.4.1 O Procedimento de Manifestação de Interesse não se confunde com o procedimento licitatório	323
5.1.4.2 A elaboração de estudos e projetos para a modelagem da concessão pelos particulares interessados não requer licitação pública na modalidade concurso	324
5.1.4.3 Do Procedimento de Manifestação de Interesse não se gera a obrigação de promover a licitação pública	332
5.1.4.4 Os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse podem concorrer na eventual licitação pública que dele decorrer	335

5.1.4.5 O Procedimento de Manifestação de Interesse e a participação de particulares na estruturação de projetos básicos em licitações públicas comuns	338
5.1.5 Evitando uma possível confusão conceitual: a Manifestação de Interesse (MI) como procedimento de contratação de especialistas.....	341
5.2 A INFLUÊNCIA ESTRANGEIRA SOBRE A ORIGEM DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	343
5.3 PROJETOS DE LEI DE REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	346
5.4 A REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	352
5.4.1 A normatividade dos decretos regulamentadores do Procedimento de Manifestação de Interesse.....	354
5.4.2 O objeto de aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse ..	361
5.4.3 O instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse.....	367
5.4.3.1 Os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse.....	369
5.4.3.2 O escopo da solicitação em Procedimento de Manifestação de Interesse: o detalhamento e a delimitação dos estudos e projetos.....	374
5.4.3.3 O prazo para o requerimento de autorização para participação e para os pedidos de esclarecimento	384
5.4.3.4 O prazo para a apresentação do material à Administração Pública.....	386
5.4.3.5 Os critérios para a avaliação	389
5.4.3.6 O valor para o eventual ressarcimento.....	392
5.4.3.7 Exigência de cessão dos direitos patrimoniais autorais dos estudos e projetos	394
5.4.3.8 A publicidade do edital de solicitação de manifestação de interesse ..	395
5.4.4 A autorização para que os particulares interessados participem do Procedimento de Manifestação de Interesse	397
5.4.5. A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e as Propostas Não Solicitadas (PNS)	404
5.4.6. O período de acompanhamento da elaboração dos estudos e projetos ..	414
5.4.7. A avaliação e a seleção dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse	418
5.4.7.1 Comentário sobre a subjetividade intrínseca à avaliação, o princípio do julgamento objetivo e o dever de motivação legítima da decisão	418
5.4.7.2 A etapa de avaliação dos estudos e projetos	425
5.4.8 O ressarcimento dos dispêndios havidos com a elaboração dos estudos e projetos	429
5.4.8.1 Procedimento de Manifestação de Interesse sem expectativa de direito de ressarcimento pelos dispêndios.....	429
5.4.8.2 Procedimento de Manifestação de Interesse com previsão de direito de ressarcimento.....	443
5.4.8.3 O ressarcimento deve ser condição para a celebração do contrato de concessão	446

5.4.9 Roteiro sintético das etapas para o lançamento e para a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse	448
5.4.9.1 A proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse: identificação de uma necessidade da Administração Pública passível de ser satisfeita por concessão ou recebimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)	449
5.4.9.2 A análise da autoridade competente sobre a viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse	452
5.4.9.3 A elaboração do instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse	455
5.4.9.4 A publicação do Procedimento de Manifestação de Interesse	456
5.4.9.5 O recebimento dos requerimentos de autorização e a outorga das autorizações	457
5.4.9.6 O acompanhamento da produção dos estudos	457
5.4.9.7 A entrega e a apresentação dos estudos pelos particulares	457
5.4.9.8 A etapa de avaliação e seleção dos estudos e a etapa de avaliação e atribuição de valores para eventual ressarcimento	458
5.4.9.9 A consolidação da modelagem final da concessão comum ou da parceria público-privada	460
5.4.9.10 A análise do mérito (Value for Money) e dos requisitos legais do projeto de concessão comum ou de parceria público-privada	460
6 CONCLUSÃO	469
REFERÊNCIAS	475

1 APRESENTAÇÃO

Esta dissertação é resultado de pesquisa realizada ao longo da participação no curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Não deixa de ser, em alguma medida, continuação das pesquisas que, na graduação, resultaram no trabalho de conclusão de curso apresentado ao final do ano de 2011, na mesma universidade, sob o título de “A sujeição do contrato administrativo à arbitragem como expressão de liberdade e eficiência”. O entrelaço dos temas é o relacionamento entre a Administração Pública e os particulares na gestão contratual de interesses da coletividade.

O tema do presente estudo envolve a participação dos particulares na estruturação dos projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas. O objeto de análise é o Procedimento de Manifestação de Interesse, instituto contemporâneo de direito administrativo cujo propósito é corroborar com o bom sucesso da etapa primitiva da estruturação dos projetos de delegação das utilidades públicas. Trata-se de instrumento voluntário e consensual de compartilhamento, confronto e alinhamento de interesses entre a Administração Pública e os particulares em etapa preliminar à licitação pública.

Apresenta-se, portanto, o resultado sistematizado de estudo elaborado por meio da reunião, da análise e da interpretação das informações relacionadas com o tema.

O problema sobre o qual se formularam as hipóteses foi o seguinte: “Como e em que medida a sujeição da estruturação das concessões comuns e parcerias público-privadas à colaboração dos particulares, por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse, pode corroborar com a finalidade da Administração Pública de efetivar o interesse público?”.

As hipóteses principais investigadas foram as de que, *sob a perspectiva jurídica*, o Procedimento de Manifestação de Interesse, desde que conduzido sob a observância da transparência, seria instrumento com potencial para propiciar a democratização da Administração Pública e para estimular o tratamento isonômico dos particulares, especialmente no momento da eleição da solução capaz de conformar os interesses da coletividade vinculados aos serviços públicos e às obras de infraestrutura; e, *sob a perspectiva econômica*, o instituto se revelaria como um instrumento apto a diminuir voluntariamente a assimetria informacional entre os particulares e a Administração Pública, conferindo eficiência aos projetos de delegação em decorrência da diminuição de inúmeros custos de transação. Como desdobramento hipotético, apontou-se, como medida

que conferiria vantagens tendentes a satisfazer o interesse público com maior acurácia, a antecipação da competição entre os particulares para o momento do planejamento da licitação pública e do contrato de concessão, mantendo-se a condição de subordinação à observância dos princípios norteadores da atividade administrativa, notadamente os preceitos de transparência, moralidade e isonomia. Dessa sorte, investigou-se se o instituto teria o condão de atribuir uma maior conformidade das delegações de prestações de utilidades públicas ao interesse público.

O objetivo foi investigar as bases teóricas sobre as quais estão postas o Procedimento de Manifestação de Interesse, interpretá-lo conforme a realidade presente, delimitar a sua fundamentação legal, as suas condicionantes jurídicas e apresentar a sua regulamentação com vistas ao melhor atendimento dos interesses da coletividade. Para tanto, a pesquisa atravessou o entrelaço jurídico-econômico-político-histórico das concessões, reunindo conceitos, interpretações, exemplos e normas que dão forma ao dever de resguardo do interesse público, finalidade última da Administração Pública.

A justificativa para a escolha do tema se deu em virtude da necessidade e da oportunidade de se empreender pesquisa sobre instituto de direito administrativo cujo potencial para colaborar com o desenvolvimento econômico e social é promissor e cuja produção acadêmica a respeito ainda carece de completude. O desafio foi interpretá-lo ao lume dos grandes temas contemporâneos de direito administrativo, como a participação popular na Administração Pública, a transparência que se exige de suas funções, os limites da discricionariedade do agente público, o risco de captura do interesse público pelo interesse privado, os limites da criatividade normativa dos decretos regulamentadores. O momento pareceu bem adequado para experimentar interpretar parâmetros de regulamentação que sustentassem práticas tendentes aos propósitos da coletividade durante a modelagem das concessões. Ao se investigar o arcabouço jurídico que envolve o Procedimento de Manifestação de Interesse, pretendeu-se apresentar meios para evitar ou amainar as distorções que pode ser empregadas em sua condução. O intuito foi compreender este novo instituto de direito administrativo e entender como deve ser regulamentado para que a sua prática tenda a estimular a existência de concessões mais eficientes e capazes de prestigiar o interesse público.

Sobre os aspectos redacionais dessa dissertação, não houve intercalações do uso das declinações pronominais. Preferiu-se, em sua integralidade, a redação na terceira pessoa do singular, o que “acautela

melhor a objetividade e a serenidade do discurso” (CÂMARA JÚNIOR, 1977, p. 114), sem que se entenda por isso uma eventual fuga à individualidade de quem disserta.

O método de abordagem utilizado ao longo da pesquisa foi fundado em pesquisa bibliográfica, normativa, jurisprudencial e comparada, partindo-se, inevitavelmente, de induções hipotéticas e de abordagens teóricas para se investigar e deduzir considerações sobre o objeto do trabalho. Planeou-se aproximar ao máximo o estudo da estrita observância das normas técnicas de investigação científica, incluídas aí as referências bibliográficas, consoante as normas formais disciplinadas pela ABNT NBR 14724:2011. Houve grande preocupação, também, em considerar o princípio epistemológico levantado por Karl Raimund Popper (2004, p. 16-17) sobre a falseabilidade das proposições em ciência e sobre a subjetividade que é intrínseca a todo autor, sobretudo em direito, que é ciência social. Logo, em nenhum momento foram apresentadas proposições isentas de valores subjetivos ou houve a intenção de demonstrar verdades, mas, tão somente, de propor assertivas, hoje consideradas possivelmente corretas, embora haja a consciência de que podem – e devem, para o progresso do direito e da ciência – ser refutadas, falseadas, aprimoradas. Adiantam-se as escusas aos autores referenciados ao longo do estudo acaso a interpretação atribuída aos seus textos não se harmonizem com os respectivos propósitos, risco perene da comunicação, vez que a interpretação se configura como método subjetivo de extração de sentidos por meio de signos da linguagem¹.

Dissertar sobre um instituto que se propõe a ser instrumento de planejamento das concessões comuns e parcerias público-privadas não é tarefa das menos arriscadas. Ainda que hoje haja maior acesso à informação do que ontem, o que permite efetivamente pesquisar mundo afora o objeto pretendido, os temas envoltos nessa pesquisa são dos mais controversos em direito administrativo. Ao que tudo indica, não importa a extensão da pesquisa, sempre haverá pareceres a serem descobertos, distintos dos anteriores, com respaldo teórico consistente, que abalarão

¹ “De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal.” (ÁVILA, 2005, p. 23)

um tanto a consciência do pesquisador. Caso o leitor entenda que a extensão do estudo extravasou o limite do adequado, a justificativa é que, em alguns momentos, até em busca de um convencimento interior, os caminhos mais simples foram evitados. E o que é melhor, o desafio, muito por isso, foi estimulante, pois, em se tratando de temas tão caros aos estudiosos de direito administrativo, como as parcerias entre a Administração Pública e os particulares, os serviços públicos, os contratos administrativos e a intervenção do Estado na economia, a simples dedicação ao estudo é recompensadora.

O primeiro capítulo, denominado *Elementos introdutórios e contextuais para o estudo do procedimento de manifestação de interesse*, possui destaque histórico e conceitual. A pesquisa é sobre as noções elementares dos institutos jurídicos, econômicos e históricos que envolvem as concessões e o direito administrativo. Há uma análise das principais transformações que circundam o direito administrativo contemporâneo, iluminadas pelo conteúdo da Constituição Federal, que deverão servir de arrimo teórico para a interpretação do instituto que se disserta.

O segundo capítulo, intitulado por *A complementariedade do Procedimento de Manifestação de Interesse às demais formas de estruturação das concessões comuns e parcerias público-privadas*, tem feições mais analíticas da realidade jurídico-administrativa brasileira. É nele em que o Procedimento de Manifestação de Interesse é apresentado como uma forma complementar aos tradicionais métodos de estruturação das delegações da prestação de utilidades públicas, incluindo-se uma análise de suficiência sobre os métodos habituais, uma exposição de institutos que compartilham propósitos análogos e um relato do histórico crescente de seu emprego pela Administração Pública brasileira.

No terceiro capítulo, denominado *Os propósitos do Procedimento de Manifestação de Interesse, os seus potenciais riscos e o grande desafio da transparência*, cuida-se, como o nome diz, dos objetivos projetados para o procedimento e dos riscos que lhe cercam. É onde se apresentam as potenciais vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse, relacionadas com o provimento de eficiência democrática e econômica aos projetos concessórios. Igualmente, expõem-se os potenciais perigos originados pelo uso do instituto, dentre os quais, aquele que é considerado o mais relevante, o risco de captura do interesse público. Como contraposição aos riscos e como medida que potencializa a auferição de suas vantagens, defende-se a observância de transparência ativa por parte da Administração Pública, envolvendo a integralidade do procedimento.

Postas as bases conceituais e teóricas do instituto, o quarto e último capítulo, nomeado *Fundamentos jurídicos e regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse*, é dedicado ao estudo propriamente dito do instituto. Inicia-se com a interpretação de todos os fundamentos jurídicos que lhe dão suporte e que lhe sustentam a legalidade no ordenamento jurídico brasileiro. O destaque, neste ponto, é para a análise de sua juridicidade diretamente da Constituição Federal, sem prejuízo da fundamentação por meio dos dispositivos legais existentes. Neste capítulo, também, é exposta a influência estrangeira sobre o instituto, os projetos de lei a seu respeito. Por fim, a regulamentação do procedimento é integralmente interpretada e apresentada.

Ao longo do estudo, com ênfase maior nos dois últimos capítulos, enfrentam-se as grandes polêmicas que envolvem o Procedimento de Manifestação de Interesse, como, dentre outras, a questão da prévia publicação integral dos estudos jurídicos e econômicos que dão forma às concessões, a eventual burla à licitação por seu intermédio, a possibilidade de que a Administração Pública promova reuniões privadas com os potenciais licitantes e a legalidade de que o procedimento seja promovido sem a previsão de direito de ressarcimento pelos dispêndios.

É o que se apresenta na sequência.

2 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS E CONTEXTUAIS PARA O ESTUDO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

2.1 ASPECTOS DESTACADOS SOBRE O CONTEXTO EM QUE SE INSERE O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Passada a época da proeminência teórica e prática em favor de um Estado que poderia e deveria satisfazer, por si, todas as necessidades da sociedade, chegou-se num período em que a função administrativa é executada em colaboração com os particulares. A maior parte das utilidades públicas é prestada e, algumas delas, financiadas pelos particulares, embora mantida a titularidade e a regulação estatais.

Esta aproximação entre Administração Pública e os particulares se sucede num sem número de instrumentos de colaboração, em todos os âmbitos da federação, por diferentes níveis de extensão e profundidade, em todas as escalas de valores, desde a terceirização de serviços auxiliares até a promoção de grandes obras de infraestrutura. Em outras palavras, na contemporaneidade, o Estado promove os seus deveres constitucionais com o auxílio técnico e econômico dos particulares.

Há, portanto, uma grande diversificação dos modos de prestação das atividades estatais, tendentes ao concerto de interesses públicos e privados. Estas parcerias colaborativas concebem um movimento reconhecido pelo processo de transição de um Estado patenteado por sua *índole autoritária* para outro, diverso, que toma feições de *consensualidade* (GROTTI, 2011, p.4). O fenômeno, observado não só no Brasil, como também nos demais países democráticos, recebe expressões denominativas como *contratualização*², *atuação administrativa concertada*, *Administração Pública “prospectiva”, “prefigurativa”, “constitutiva”, “planificadora”, “prestadora e conformadora” e infraestrutural*. Conceitos que remontam à ideia de que o “recurso à concertação com os particulares é a consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários”. Como consequência, o próprio direito administrativo deixa de ser “o

² Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2008, p. 25) explica a moderna expressão “governar por contrato”, segundo a qual “evocaria a necessidade de o Estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio para melhor consecução de suas ações.”.

direito de uma Administração toda-poderosa, para passar a ser o direito dos particulares nas suas relações com a Administração.” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 126-127, 466).

O que fundamenta a opção política pela busca de harmonia em forma de relacionamentos público-privados é o conjunto de dois principais fatores: (i) o aprofundamento de uma vagarosa e incessante *tomada de consciência constitucional*, seguida do reconhecimento da titularidade e da responsabilidade do Estado para prover eficácia aos direitos fundamentais, para o que se vale dos serviços públicos e das demais utilidades públicas essenciais para a vida digna dos cidadãos; e (ii) o reconhecimento da insuficiência do Estado para a prestação direta e autônoma, com eficiência, dessas utilidades públicas, seja por motivos de incapacidade financeira, técnica ou gerencial, somada à correlata percepção de que a prestação indireta, mediante a colaboração dos particulares, é mais eficiente e eficaz para o atingimento de seus propósitos.

Resultou desses fatores a opção pela desestatização – gênero para as privatizações, concessões, permissões, terceirizações e gestões associadas –, o que foi alçado à qualidade de programa nacional³. Defende-se, hoje, no Brasil, em respeito às preferências constitucionais pela livre iniciativa e pela economicidade, que quando o Estado desenvolver atividades reservadas à iniciativa privada ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência, a desestatização é imperativa (VILLELA SOUTO, p. 9).

A forma mais comum de colaboração público-privada ocorre por meio do contrato administrativo. A Administração Pública, responsável por empreender a função administrativa do Estado, contrata com os particulares para obter a satisfação de suas necessidades e finalidades, para o que se vale dos contratos administrativos. Entende-se que em todas as oportunidades que a Administração Pública perceber que a contratação de um particular é a solução mais adequada, sob o critério do interesse público, para satisfazer determinada necessidade, ela deve assim proceder.

Em linhas gerais, para o que interessa ao estudo, isso significa que para que um contrato administrativo exista, obrigatoriamente, a Administração Pública deve ter identificado alguma necessidade afeita ao interesse público e planejado uma solução para satisfazê-la, tendo

³ Trata-se do Programa Nacional de Desestatização – PND, regulamentado pela Lei Federal nº 9.491/1997.

descoberto que a melhor solução seria harmonizar seus interesses com os particulares mediante contrato.

Como essa solução envolve a colaboração contratual com algum particular, requer-se a seleção daquele que irá celebrar o acordo de interesses com a Administração Pública. E, em respeito ao direito que todos compartilham, em igual medida, de prestar assistência à Administração Pública na consecução do interesse público, a seleção do futuro contratado deve permitir a participação de todos os interessados qualificados. Deve-se respeitar a isonomia existente entre os particulares. Ninguém deve ser privilegiado pela Administração Pública, já que todos percebem condição de igualdade.

Em virtude disso, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal determina que, regra geral, esta seleção deve ser levada a efeito por licitação pública⁴.

A contratação pública, portanto, inevitavelmente, atravessa quatro etapas distintas, na ordem: a identificação de uma necessidade pública, o planejamento da forma de sua satisfação, a seleção do futuro contratado e a execução do contrato.

A seleção do contratado por intermédio de licitação pública e a execução do contrato administrativo representam temas sobremaneira complexos, que percebem distintas interpretações, percepções e tratamentos pelos operadores do direito administrativo. Muito se elaborou, na pesquisa jurídica, em obséquio dessas duas últimas etapas. Ambas contam com grande participação dos particulares e expressiva fiscalização dos órgãos de controle, o que, de certa forma, fomenta o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. São temas tradicionais e em constante evolução, que acompanham e dão forma ao desenvolvimento do direito administrativo.

⁴ Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por outro lado, as duas primeiras etapas do processo de contratação nunca receberam atenção análoga dos estudiosos do direito administrativo. Bem verdade, essas etapas primitivas nunca foram reconhecidas como juridicamente autônomas.

A primeira etapa, a identificação de uma necessidade pública, porque acontece de forma um tanto apartada do direito, aproximando-se mais das ciências da administração pública e da política. Não é função primária do jurista desvendar as necessidades públicas materiais do Estado, e sim dar suporte legal (forma e técnica), se houver, à busca pelas respectivas satisfações.

A segunda etapa, então, o planejamento da melhor forma para satisfazê-las, perpassa inevitavelmente e com mais ênfase o direito. Quando a solução corresponder ao método colaborativo público-privado, o operador do direito administrativo deverá conceber a estrutura formal para promovê-la. Em se tratando de colaborações contratuais, é necessário dar forma à licitação pública e ao contrato administrativo.

Como se disse, as etapas preparatórias não recebem tratamento jurídico autônomo. Costuma-se enquadrá-las como componentes da fase interna da licitação pública, especialmente a etapa de estruturação do certame e do contrato administrativo.

Conforme essa classificação, a fase interna da licitação pública compreende também a própria elaboração do edital convocatório, que, por sua vez, é precedido de estudos técnicos, das justificativas e da requisição que identifica a necessidade a ser satisfeita.

A ausência de autonomia procedimental e jurídica dessas etapas preparatórias à licitação pública justifica-se, pois, ordinariamente, são desenvolvidas com exclusividade pela Administração Pública; os particulares permanecem alheios à identificação e ao planejamento da solução. Em outras palavras, os particulares somente são chamados a colaborar com a Administração Pública após a identificação da demanda e da estruturação da forma de parceria desejada. Via de regra, não há procedimento administrativo aberto à participação dos particulares na definição e na estruturação das soluções públicas.

Contudo, a conjuntura relatada está em transição. Existem sólidas razões para se acreditar que há uma tendência à abertura à participação dos particulares durante a etapa de estruturação dessas soluções contratuais, incluindo-se também a própria identificação das necessidades públicas; em específico, este movimento se nota com maior peculiaridade nas contratações com vistas às delegações de utilidades públicas, por via das concessões comuns e parcerias público-privadas.

E é sobre essa *exteriorização da fase interna da licitação pública* que se sustenta o Procedimento de Manifestação de Interesse. O instituto é desenvolvido em forma de processo administrativo aberto aos particulares interessados que desejam colaborar com a identificação de necessidades públicas e com a elaboração dos estudos e projetos referentes à licitação pública e ao contrato administrativo, aplicável, por razões próprias, especialmente em favor das concessões comuns e das parcerias público-privadas.

Houve, nos últimos tempos, com maior ênfase na última década, uma retomada de consciência a respeito da viabilidade e dos benefícios da participação dos particulares na gestão da Administração Pública, inclusive em processos habitualmente promovidos de forma exclusiva por ela, como, ora, o planejamento de suas soluções contratuais.

Resultado desse movimento, para o que interessa, é que nos últimos cinco anos já foram lançados mais de cem Procedimentos de Manifestação de Interesse pela Administração Pública brasileira, como se verá ao longo do estudo. Os grandes projetos hodiernos de infraestrutura e de serviços públicos são promovidos sob a roupagem do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Pode-se dizer que há uma propensão à aproximação dos particulares e da Administração Pública no que diz respeito à formação das decisões administrativas que afetam os direitos da coletividade. Esta aproximação fez crescer a possibilidade de controle e de participação social – em defesa de interesses particulares e coletivos – no exercício das atividades administrativas.

É também expressão de uma necessidade da própria Administração Pública, que procura maneiras de estruturar seus contratos com mais eficiência, com soluções tecnicamente mais sofisticadas, mais harmoniosas com as práticas do mercado.

Existe uma inclinação teórica em favor da maior abertura da Administração Pública, seja em propósito de sua democratização, seja em patrocínio de práticas mais consensuais, menos impositivas, mais eficientes e mais eficazes. Em suma, descobrem-se novos meios para relacionar a função administrativa com a efetivação dos direitos fundamentais e com a observância dos valores e princípios da Constituição Federal. Decorrencia disso, por exemplo, é o reconhecimento de direitos subjetivos individuais relacionados com o exercício da soberania, como o amplo acesso às informações públicas e a obrigatoriedade de institutos de participação popular em projetos de interesse coletivo (audiências públicas, consultas públicas e os conselhos deliberativos, por exemplo).

Acresça-se a essa tendência o desenvolvimento dos meios de comunicação, sobretudo da rede mundial de computadores, que impulsiona a conscientização desta soberania cidadã. Muito em virtude da maior acessibilidade e dinamicidade das comunicações, é de se supor que já houve certa assimilação informacional dos particulares a respeito dos seus direitos assegurados pela Constituição Federal, em medida suficiente para pôr em movimento esse vagaroso processo de planejamento participativo das políticas públicas, em sentido macro e micro. No sentido mais estrito, isso representa uma aproximação direta dos particulares sobre os procedimentos administrativos decisórios.

Contudo, tal como sobre toda aproximação entre interesses privados e interesses da Administração Pública, há que se alertar para a indispensabilidade de uma dedicada e redobrada atenção. O relacionamento colaborativo público-privado não deverá se desdobrar em desprestígio do interesse público.

Não há como ignorar que, desde a origem do Estado brasileiro, a Administração Pública atua em conjunto com os particulares. Entretanto, esta reunião de interesses nem sempre se dá com a observância dos princípios e valores cultivados pelo direito administrativo. O reparo decorre, pois, do que indicam os livros de história e as notícias rotineiras. Infelizmente, há sérios indícios de que, desde a descoberta portuguesa, uma cultura de patrimonialismos se expressa emaranhada nos relacionamentos entre a Administração Pública e determinados particulares⁵.

Há que se superar este paradigma. O problema não reside na mera atuação conjunta entre a Administração Pública e os particulares. A harmonia é necessária, é inevitável e, desde que ao lume dos valores e princípios assentados na Constituição Federal, é saudável para o interesse público. O grande desafio é encontrar meios para que essa atuação não se apresente em tramas, como não raramente acontece.

E em relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse, não há como negar que o seu objeto de aplicação, que envolve a identificação da necessidade a ser satisfeita por contrato de concessão e a estruturação da respectiva licitação pública, é sensível demais às tramas.

Há ainda uma agravante. Como nunca houve regulamento para a participação do particular no momento do planejamento dessas soluções

⁵ Os temas ora versados serão aprofundados ao longo da dissertação. A respeito do patrimonialismo e seu entrelaço com a cultura brasileira, a referência se deve a Raimundo Faoro (1993).

públicas, o auxílio costumeiramente se deu à surdina, à sorrelfa da legalidade e, por muitas vezes, ultrapassou os limites do interesse público. Como consequência disso, o público em geral costuma associar o oferecimento voluntário de estudos e projetos pelos particulares à Administração Pública como uma atitude tendente à corrupção ou ao fomento de interesses privados em substituição ao interesse público (DELLACHA e HODGES, 2007, p.1).

Não se sonega o fato de que, como qualquer instituto de direito administrativo, há o risco de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja empregado de forma a legitimar práticas ilícitas, tais como o conluio, a captura, a inserção de barreiras de entrada na licitação pública, ou, em geral, a corrupção. Mas, defende-se, de maneira enfática, que, com a observância de uma regulamentação conforme os valores e princípios consagrados na Constituição Federal, o Procedimento de Manifestação de Interesse afastará ao máximo esse risco e haverá maior probabilidade de contentamento do interesse público do que num cenário sem o instituto.

O presente estudo, então, ao sustentar que o Procedimento de Manifestação de Interesse é instrumento com potencial para propiciar meio eficiente e democrático para a estruturação de soluções às necessidades da Administração Pública, no âmbito das concessões, percorre um caminho estreito. A potencialidade do instituto para corroborar com o interesse público depende de como ele será regulamentado e desenvolvido. E é com tal propósito que será interpretado, ao longo dos capítulos, o direito a ele aplicável. Para tanto, será inevitável enfrentar as suas peculiaridades à vista de um direito administrativo consentâneo à Constituição Federal.

Ao longo do estudo, serão apresentados os potenciais benefícios, os potenciais riscos e os parâmetros jurídicos considerados adequados para que o interesse público seja conformado pelo Procedimento de Manifestação de Interesse. Dentre esses parâmetros, defender-se-á a observância radical de uma transparência ativa por parte da Administração Pública, o que é ora considerado como pressuposto para o atendimento da moralidade, da isonomia e da própria eficiência do procedimento.

Buscou-se interpretar o Procedimento de Manifestação de Interesse de maneira a afastar a possibilidade de que o instituto seja empregado por aqueles que pretendem dispor dos interesses da coletividade em favor de interesses próprios, ou seja, em derrogação do interesse público. Pretendeu-se conformá-lo à legalidade de maneira a fomentar o atendimento íntegro dos princípios mais comezinhos de

direito administrativo e, em conjunto, arredar os riscos tendentes à sua utilização como instrumento para empreender ilicitudes. Cuida-se, justamente, de afastá-lo dos perigos que ensejariam uma eventual derrogação do interesse público para envidá-lo a provocar o justo oposto: o seu uso como instrumento para potencializar a efetivação dos direitos fundamentais.

É o que se buscou apresentar ao longo de todo o ensaio. Este primeiro capítulo, por sua vez, se propõe a introduzir o contexto político e normativo em que se insere o Procedimento de Manifestação de Interesse.

2.2 A DIFICULDADE PARA SE OBTER UM CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A ALTERNATIVA FUNCIONAL DA EXPRESSÃO UTILIDADES PÚBLICAS

“Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o *serviço público*.” (TÁCITO, 1997, p. 637)

Em vista do que será apresentado no próximo tópico e do que declarou Caio Tácito, parece oportuno evocar a reflexão do jusfilósofo Genaro Carrió (1973, p. 72). O autor argentino leciona que as classificações não são verdadeiras ou falsas; são úteis ou inúteis; que a utilidade das classificações vincula-se à capacidade de se apresentar um campo do conhecimento de maneira mais compreensível ou de se fomentar consequências práticas desejáveis. As suas vantagens e desvantagens, portanto, dependem mais é do interesse de quem as formula.

A ressalva, à vista do alerta, veste como luva. É que há um verdadeiro arcabouço de classificações e conceitos distintos relacionados aos serviços públicos e às concessões, cada qual com as suas razões e seus fundamentos.

Não é objetivo deste trabalho apurar definitivamente ou elaborar nova taxonomia a respeito desses institutos de direito administrativo. Muito antes disso, quer-se apenas fazer o uso dela para aclarar os objetos a serem estruturados pelo Procedimento de Manifestação de Interesse.

Os conceitos e as classificações têm aqui uma função maior: são empregados com o intuito de fazer compreender e de permitir interpretar com consistência os elementos teóricos e a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Como destaque ainda introdutório, contudo, é imperioso tomar algumas notas distintivas sobre a abrangência conceitual considerada para *serviços públicos* e *utilidades públicas*.

Não parece ser adequado empregar o termo *serviços públicos* para fazer referência a todos os possíveis objetos de contratos de concessão comum ou de parceria público-privada celebrados pelo Estado brasileiro. Embora revelar-se-ia razoável estendê-la a todas as atividades do Estado se se considerasse o conceito francês dos séculos XIX e XX (DUGUIT, 2009, p. 83; JUSTEN FILHO, 2003, p. 20, nota 15; MARQUES NETO, 2004b, p. 117) ou mesmo o conceito brasileiro do século XIX (REGO, 1860, §313; RIBAS, 1866, p. 102)⁶.

Ocorre que uma observação apurada da realidade brasileira revela que o moderno direito administrativo conta com concessões outras que não são exatamente as de serviços públicos propriamente ditos, por exemplo: as concessões de rodovias, com muito mais quê de concessão de obra pública do que de concessão de serviço público; como as concessões de estações de transmissão de energia elétrica ou de estádios de futebol, igualmente; como as concessões de propagandas em ônibus, com aspecto mais aproximado de concessão de uso de bem público; como as concessões para o desempenho de serviços em unidades de atendimento integrado ao cidadão, que estão mais para concessão de serviços estatais que para serviços públicos.

Dessa sorte, encontrou-se no invulgar termo *utilidades públicas*, importado do direito anglo-saxão (*public utilities*), a generalidade necessária para abarcar todas as atividades passíveis de transferência do Estado a particulares para a exploração por meio das concessões⁷. O termo *utilidades públicas* atinge bem a esse propósito, pois inclui todos os serviços e as infraestruturas que podem ser concedidos ao particular.

⁶ Destaque-se que não raramente a doutrina brasileira se vale da expressão *concessões de serviços públicos* para dar definição irrestrita às *concessões*, como o faz Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 9). A opção não é de todo equivocada, sobretudo se se considerar que, de certo modo, as prestações de utilidades à coletividade, encampadas pelo Estado, podem se amoldar a um conceito amplíssimo de serviços públicos, como o é no direito francês e já foi no direito brasileiro.

⁷ É também como apresenta Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2004b), tomando de empréstimo a noção mais ampla das *public utilities*.

Contudo, adotá-lo indistintamente significaria se arriscar a negligenciar que muito do instituto das concessões foi montado sobre o arcabouço teórico, jurídico e histórico dos *serviços públicos*⁸, e, por isso, utilizar-se-á dele sempre que oportuno.

Dessa sorte, confia-se que, conquanto o termo *utilidades públicas* pareça o mais adequado para representar todo o gênero de atividades que podem ser objeto das concessões comuns e das parcerias público-privadas, em alguns momentos será no termo *serviços públicos* que se encontrarão maiores enredos para a análise das concessões, e, por consequência, para interpretar o Procedimento de Manifestação de Interesse. Afinal de contas, as concessões de serviços públicos representam as mais clássicas e estudadas concessões no direito administrativo brasileiro⁹.

Em resumo, para o presente estudo, tem-se o seguinte: as *utilidades públicas* representam todos os possíveis objetos de exploração pelas concessões comuns e parcerias público-privadas; os *serviços públicos* constituem o âmago dessas concessões e, ao menos neste primeiro capítulo, receberão maior destaque, devendo ser considerados como espécie principal do gênero *utilidades públicas*. Assim, com esse esclarecimento, evita-se um desconforto e atinge-se o objetivo.

2.3 UMA SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO ATÉ O SÉCULO XXI

⁸ Jacintho Arruda Câmara arremata: “O tema das *parcerias público-privadas* (PPP) provoca uma associação imediata com o regime das concessões de serviços públicos.” (grifo original) (2005, p. 159). Fernando Vernalha Guimarães (2012a, p. 24), por sua vez, anota: “Tradicionalmente, o conceito de concessão esteve sempre atrelado à delegação da operação e gestão de serviços públicos a um concessionário (por sua conta e risco), decorrendo-lhe o direito de exploração do negócio a partir de remuneração proveniente de tarifas pagas pelos usuários, comportando eventualmente subvenções do poder público.”

⁹ Leia-se o comentário de Vera Monteiro (2010, p. 38): “A teoria elaborada sobre concessão no Brasil recebeu forte influência francesa. Ainda que ambas reconheçam que o contrato de concessão possa ser usado para outros fins que não apenas a prestação de serviço público, há uma tendência comum no sentido de os estudos centrarem na análise da concessão de *serviço público*”.

As cogitações históricas, políticas e ideológicas não são, *enquanto tais*, atribuição específica dos juristas. Contudo, o Direito é fruto de produção cultural, longamente sedimentada, sendo por vezes impossível compreendê-lo sem situá-lo dentro da história. (SUNDFELD, 2010, p. 29)

É sabido que estudar o direito não envolve somente as cogitações jurídicas. É preciso buscar compreendê-lo em sua multidisciplinariedade, em sua complexidade, em suas dimensões correlatas.

O instituto das concessões, especialmente, ao qual é dedicado o Procedimento de Manifestação de Interesse, “não se resume a uma modalidade de atuação jurídica da Administração, mas retrata certas necessidades econômicas e práticas do Estado.” (GUIMARÃES, 2012a, p. 16).

O seu emprego pressupõe uma plêiade de confrontos políticos e econômicos, nos quais o direito também é ator, que envolvem as opções sobre como deve se dar a prestação das utilidades públicas para a maior satisfação das necessidades coletivas. Como consequência, entende-se que “[a] hermenêutica das concessões (e dos contratos administrativos em geral) não deve se realizar enclausurada no ambiente puro do direito” (GUIMARÃES, 2012a, p. 16).

Dessa sorte, o presente tópico traz alguns aspectos contextuais históricos, econômicos e políticos que acompanharam o direito administrativo brasileiro e o instituto das concessões desde o século XIX.

O propósito, com isso, é empenhar esforços para alcançar os melhores meios de interpretação do direito contemporâneo, sem que sejam sonogados os ambientes em que esse direito foi concebido e desenvolvido. O que se acredita é que os seus aspectos históricos constituem parte de sua natureza e, em boa medida, são carreados aos seus novos institutos, como o Procedimento de Manifestação de Interesse.

2.3.1 Os primeiros registros do instituto das concessões e do recém-chegado direito administrativo do século XIX

Importa ao interesse publico que a acção administrativa não seja entorpecida em sua marcha, como aconteceria, se fôsse outorgado ao poder judiciario (cujo caracteristico é a independencia) o direito de ter a espada e a balança alçadas sobre a

cabeça do Governo, chamâ-lo todos os dias a Juízo, e atacá-lo de frente.

(Vicente Pereira do Rego, autor do primeiro livro de direito administrativo brasileiro, em 1860, §103, grafia da época)

Quando o direito administrativo aportou no Brasil, como ramo autônomo do direito, em meados do século XIX, sob a égide da Constituição de 1824 e sob o influxo dos princípios inspiradores da Revolução Francesa (DI PIETRO, 2002, p. 8-9), o governo vigente se estruturava pela forma de monarquia parlamentar constitucional.

À época, existia uma *jurisdição administrativa* para tratar dos conflitos entre o interesses privados e os interesses públicos (REGO, 1860, §9; RIBAS, 1866, p. 110). O conteúdo do *interesse público* era tido como intimamente vinculado ao *interesse do Estado*. E, assim, os interesses da Administração Pública, quando envolvidos em contenciosos, sujeitavam-se em última instância ao *Conselho do Estado*¹⁰ brasileiro, sem prejuízo da eventual intervenção do chefe do Poder Executivo (o Imperador), tal como na França da época (DI PIETRO, 2002, p.9). A jurisdição administrativa era responsável por julgar a contraposição de interesses privados com o interesse do Estado, enquanto o Poder Judiciário restringia-se às esferas penal e civil (RIBAS, 1866, p. 162). É como ensinava Antonio Joaquim Ribas (1866, p. 113, grafia da época):

Os agentes da administração, obrando jurisdiccionalmente, são verdadeiros magistrados administrativos, que se distinguem dos judiciais, não pela natureza das funções, mas somente pelas materias sobre que as exercem, ou pela sua extensão e permanencia.

Tal como não passou desacompanhado de Vicente Pereira do Rego (1860, §81, grafia da época), havia algo de enigmático em conceder à própria Administração o direito de julgar os seus interesses. Contudo, ao que tudo indica, essa estranheza não era algo a se discutir – supõe-se pela

¹⁰ É da lição de Vicente Pereira do Rego (1860, §9, grafia da época): “Já vimos que a Administração contenciosa é a que julga os interesses privados que se prendem á acção administrativa. Abre-se o meio contencioso, todas as vezes que o interesse privado é ferido por uma decisão procedente d’uma autoridade que está sob a alçada do Conselho do Estado.”

magnitude da autoridade que se revestia a Administração sobre os particulares, especialmente porque a hierarquia partia de um Imperador:

A quem deverá pois pertencer o direito de julgar o contencioso administrativo? Julgar-se-ha a Administração a si mesma? Não cabe aqui discutir estas questões, aliás de grande interesse. Limitar-nos-hemos a indicar os argumentos invocados a favor da Administração para julgar o contencioso administrativo, como mais valiosos.

Dizia-se à época que sujeitar os interesses da Administração Pública ao Poder Judiciário seria uma medida inconciliável com a separação dos poderes, “porquanto, o executivo seria colocado em posição de dependência e subalternidade em relação ao judicial”, arriscando-se a “sacrificar muitas vezes os interesses publicos á supersticiosa, servil e material observancia dos textos legislativos.” (RIBAS, 1866, p. 80, 163 grafia da época).

As passagens denotam um direito administrativo incipiente, mas já guarnecido por uma autoridade indiscutível exercida pela Administração Pública, que notadamente amainava as garantias e liberdades do indivíduo em seu defronte. Pelo trecho acima referenciado, percebe-se uma construção doutrinária do direito administrativo brasileiro do século XIX em defesa de uma intocabilidade da Administração Pública, seja perante o Poder Judiciário seja diante do Poder Legislativo.

São marcas do conflito permanente entre autoridade e liberdade, observado com mais agudez no direito público do que em qualquer outro ramo do direito (GORDILLO, 1977, p. 49). Diga-se, a propósito desse conflito, que o desenrolar histórico do direito administrativo é o justo produto dessa “tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade.” (BINENBOJM, 2008, p. 2).

A origem do direito administrativo, especialmente no Brasil, então, não foi tão romanesca quanto se poderia supor num cenário em que houvesse o reconhecimento abrupto e amplo de garantias de direitos aos cidadãos contra o Estado. Aliás, sobre os primórdios do direito administrativo, em si, Gustavo Binenbojm (2008, p.1-2) comenta que não há como concebê-lo como se tivesse sido forjado com ideais liberais e com o propósito único de conter e submeter a Administração Pública à legislação¹¹. Para o autor, inclusive, ao contrário, a sua construção,

¹¹ Em sentido contrário, ver Emerson Gabardo (2009, p. 239).

partindo de dentro da própria jurisdição administrativa francesa – e irradiando efeitos para o Brasil –, não intentava defender as garantias e os direitos individuais, mas manter, após a derrocada do Antigo Regime, a imunidade do Poder Executivo diante dos demais poderes, e, especialmente, do controle do cidadão. No Brasil, ao menos, esta finalidade restou nítida com as lições transcritas dos primeiros juristas administrativistas brasileiros.

De toda sorte, as características autoritárias, mais vinculadas às origens do direito administrativo, receberam, com o decorrer da história, aportes de uma vertente mais garantista, aproximando a atividade administrativa do controle dos cidadãos. Todavia, desde sempre, a dogmática administrativista confrontou-se com uma constante contradição entre os vetores da liberdade e da autoridade. (BINENBOJM, 2008, p. 1-2).

Serviço público, à época do Império de Pedro II, também se desvelava em conceito substancialmente distinto do que hoje é considerado. Referia-se muito mais aos serviços prestados pelos empregados públicos ao próprio Estado do que pelos serviços prestados por eventuais contratados do Estado aos administrados. Por exemplo, quando o empregado do Estado faltava ao serviço, dizia-se – e se diz até hoje – que se ausentou do serviço público; embora também se pudesse empregar o termo para designar um contrato de serviços públicos (prestados em favor do Estado, eventualmente também em favor dos administrados). Não havia um uso técnico ou sistematizado do termo, até porque não existiam serviços públicos propriamente ditos. *Serviço público* remontava a um serviço prestado ao Estado, porquanto tanto o empregado público como o contratado prestavam serviços públicos – ainda que o serviço prestado ao Estado representasse algum serviço de interesse geral (REGO, 1860, §316; RIBAS, 1866, p. 102).

Até hoje persistem esses dois conceitos para *serviços públicos*: o primeiro, de cunho *orgânico*, em referência aos serviços prestados pelos agentes públicos ao próprio Estado (como o inciso XIII do artigo 37 da Constituição Federal), e o segundo, de cunho dito *objetivo*, em referência às atividades administrativas prestacionais (como o artigo 175 da Constituição Federal)¹².

O século XIX foi marcado pela autoridade do Estado sobre os cidadãos – mesmo após a proclamação da república, que, quiçá, ensejou o exercício de uma autoridade ainda maior (BARBEIRO e CANTELE,

¹² A classificação é de Fernando Vernalha Guimarães (2012a, p.73).

2008, p. 239-260), mesmo com a extinção da jurisdição administrativa e a importação do sistema anglo-americano de jurisdição unitária (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 86; DI PIETRO, 2002, p. 14).

A despeito do regime autoritário, já havia à época uma aproximação colaborativa entre a Administração Pública e alguns particulares. Especificamente, não eram raras as concessões de serviços de interesse geral, semelhantes às concessões de serviços públicos do século XX. Assim, o século XIX registra os primeiros vestígios do instituto das concessões no Brasil¹³.

O Estado brasileiro concedia *privilégios* a particulares que executassem determinadas obras públicas de utilidade coletiva ou que prestassem alguma atividade de interesse geral, como, por exemplo, o transporte de passageiros e de cargas por barco a vapor. Eram acordos tais quais as concessões comuns – embora mais precários – que conferiam ao particular empreendedor o direito (privilégio) de cobrar tarifas e de não pagar determinados impostos, por exemplo. À época, não existia o reconhecimento de um direito subjetivo dos particulares à prestação desses serviços ou a essas utilidades, que eram executadas conforme o mero juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Alexandre dos Santos Aragão, ao prefaciara obra de Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. xxiii), comenta a época em que foram estabelecidas essas primeiras concessões. Vale a transcrição:

Ao contrário do que muitas vezes se pode dar a entender, a gestão das infraestruturas no Brasil começou a ser feita preponderantemente pela iniciativa privada, mediante o instituto da concessão que adotava o sistema de custo, pelo qual o concessionário privado faria jus a receber em tarifa ou diretamente do Poder Público as quantias necessárias para cobrir os seus custos acrescidas de determinada margem de lucro.

¹³ Grosso modo, não seria um disparate sustentar que as primeiras características do instituto das concessões de bens para a exploração de serviços ao Estado, em território brasileiro, num sentido amplíssimo, foram inauguradas com as capitanias hereditárias. Afinal de contas, os donatários (concessionários) receberam a outorga real para explorar a terra descoberta, por conta e risco, desde que a povoassem e a protegessem, sob o risco de serem retomadas pelo reino (VICENTE DO SALVADOR, 1627, p. 23). No entanto, àquela época sequer existia a noção moderna de Estado, o que dizer de Administração Pública ou de serviços públicos. As referidas relações era mais negociais.

Foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infraestrutura urbana. A nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade na cidade do Rio de Janeiro, pressionou o rei para que tomasse providências. O rei, sem recursos para financiar as infraestruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum *status*, o que o Rei tinha de sobra para conceder-lhes (títulos de nobreza, recepções no palácio etc.). [...]

No Império, foram feitas as primeiras concessões, ainda baseadas na ideia de concessão para utilização do domínio público, sobretudo de ferrovias. O primeiro marco legal sobre concessões foi a Lei Geral 641, de 1852, que autorizava o Governo Federal a conceder a construção e exploração de uma ferrovia entre as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, estabelecendo as seguintes cláusulas básicas: prazo de 90 anos para o “privilégio” de não haver outras linhas em 31 quilômetros de cada lado; cessão gratuita dos terrenos públicos necessários à construção da linha de ferro; poder de desapropriação sobre terras particulares; isenção do imposto de importação sobre os equipamentos e insumos necessários à prestação do serviço; direito de cobrar tarifa em valor não superior ao valor cobrado anteriormente nos demais meios de transporte, fixada em comum acordo com o Governo; garantia de rentabilidade mínima (garantia de juros) de 5% ao ano, devendo a concessionária, por outro lado, repassar ao Poder Concedente o que excedesse os dividendos de 8% ao ano e reduzir as tarifas; e direito de resgate e reversão da concessão ao Estado, observadas as condições contratuais. (ARAGÃO *in* RIBEIRO, 2011, p. xxiii-xxiv)

Embora também sem qualquer caráter de regulamentação abstrata sobre o instituto das concessões, resgataram-se, durante o feitiço deste trabalho, alguns diplomas normativos bastante e até mais antigos. Assim sendo, o primeiro marco legal sobre concessões, portanto, não pode ser considerado, como anotou Alexandre dos Santos Aragão (*in* RIBEIRO,

2011, p. xxiii-xxiv), a “Lei Geral nº 641”, de 26 de junho de 1852. Passada a pesquisa histórica, percebeu-se que a assertiva encontra-se equivocada. Em primeiro lugar, há que se perceber que não se tratava de *lei geral*, mas de *decreto específico*, sem qualquer pretensão de dar forma genérica ao instituto das concessões. Aliás, o próprio nome “Lei Geral” não consta dos registros oficiais do diploma, que o nomeia por decreto. Em segundo lugar, pois, existiram inúmeros decretos específicos, tais como aquele, e talvez até mais expressivos sob o aspecto jurídico, em períodos anteriores ao ano de 1852.

Toma-se nota do Decreto nº 34/1833, do Decreto nº 24/1835, do Decreto de 30 de junho de 1835 e do Decreto nº 101/1835¹⁴, todos expedidos ao tempo do período regencial (entre a abdicação de Pedro I e a maioria de Pedro II). A descrição é válida para contextualizar a origem das concessões no Brasil e reflete o que se encontrou de mais antigo sobre o tema.

O Decreto nº 34/1833 e o Decreto de 30 de junho de 1835 são correlatos. O primeiro decreto concedeu ao cidadão Guilherme Kopke o privilégio exclusivo para navegar por barcos a vapor no rio das Velhas, em Minas Gerais, pelo prazo de dez anos, com a ressalva de que se, dentro de um ano e meio da concessão, não executasse a empresa projetada, a concessão ficaria sem efeito. O segundo decreto confirmou o privilégio e o transferiu a José Peixoto de Souza, que passou a detê-lo para prestar os serviços de frete e de transporte de passageiros por “barco de vapor para navegar” na região, incluindo-se o importante e principal rio São Francisco. Os preços para os fretes e as passagens, ou seja, as tarifas, deveriam ser afixadas em tabelas publicadas com no mínimo dois meses de antecedência, a fim de dar toda a publicidade. O *concessionário* poderia aumentar o valor das tarifas, por uma vez, em até um terço do total e, se houvesse necessidade de novo aumento, dependeria de autorização do governo geral, ocasião em que deveria comprovar a inviabilidade da atividade pelo preço praticado. Caso não mantivesse a frequência das atividades por período de seis meses, o privilégio seria revogado.

O Decreto nº 24/1835, por sua vez, autorizou a concessão de privilégio a uma Companhia denominada por “Rio Doce”, ou outra companhia na falta dela, a navegar por meio de barcos a vapor, ou superiores, pelos rios Doce e seus afluentes até a província da Bahia.

¹⁴ Os referidos decretos estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Senado Federal, conforme endereços constantes das Referências deste estudo.

Os seus barcos deveriam ser tripulados conforme a lei da época, bem como hastear a bandeira brasileira.

A Companhia foi autorizada a estabelecer taxas para a navegação em determinado trecho do Rio Doce. E mais, os brasileiros recrutados pela Companhia estariam livres do recrutamento de mar e terra, por cinco anos, salvo em caso de guerra. Além disso, concedeu-se à Companhia o privilégio de isenção sobre a importação de máquinas, barcos a vapor e artefatos de metal, também por cinco anos.

Os terrenos necessários para que a Companhia construísse estradas, pontes, diques ou represas, segundo o referido decreto, seriam cedidos a ela gratuitamente e, no caso de terrenos particulares, deveriam ser previamente avaliados por árbitros, para que os proprietários recebessem a devida indenização – inclusive por depósito em juízo, caso não aceitassem, ressalvado o direito dos proprietários de recorrerem ao Tribunal somente no que dizia respeito à boa ou má avaliação.

Estabeleceu-se, ao fim dos quarenta anos, o direito de reversão dos bens ao Estado, sem indenização, obrigando-se a Companhia a entregar em bom estado.

Duas últimas curiosidades sobre aquela concessão. O valor do frete, do pedágio e do direito de passagem poderia ser fixado pela Companhia, mediante aprovação do Governo. E os terrenos cedidos à Companhia seriam revertidos ao Governo se, no prazo de sete anos, não houvesse a habitação por colonos europeus em escala superior a sessenta casas por légua quadrada.

O Decreto nº 101/1835, por sua vez, autorizou o Governo a conceder a uma ou mais Companhias, que fizessem uma estrada de ferro da Capital do Império para as de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia, o privilégio exclusivo, por quarenta anos, para o transporte de gêneros e passageiros. Estabeleceu-se a obrigação de que a Companhia deveria reconstruir as estradas que fossem atravessadas pela estrada de ferro, “sem poder exigir por isso taxa alguma”, devendo, no mínimo, construir cinco léguas de estrada por ano. A respeito da tarifa cobrada (à época denominada por taxa), fixou-se limite de preço para o transporte de coisas e de pessoas, sujeitando-se a Companhia a multa e às demais cominações, conforme estipulação do Governo, em caso de desrespeito àquelas disposições.

De todo modo, alguns anos depois, é mais conhecida a participação de Irineu Evangelista de Sousa, o barão de Mauá, responsável por empreender algumas das concessões de maior destaque no século XIX, cuja história merece ser brevemente narrada.

Barão de Mauá¹⁵ foi o empreendedor brasileiro responsável pelas seguintes e principais concessões: a Companhia de Iluminação a Gás do Rio de Janeiro (1851), a Estrada de Ferro de Petrópolis (1852), a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí (1855) e o cabo submarino para o sistema de telégrafos (1872), para ficar em quatro exemplos. Os historiadores relatam que a concessão do cabo submarino, marco inicial das comunicações telegráficas no Brasil, foi concedida a ele por influência do Barão do Rio Branco. Conta-se que, na inauguração, assistiram ao Imperador brasileiro enviar mensagens à rainha da Inglaterra e que, à época, “havia uma corrida de personalidades ilustres à cata de concessões oficiais que lhe permitissem ganhar dinheiro, inclusive com a transferência para terceiros” (ALZUGARAY, 1998, p. 24,29).

Sem retirar o mérito das conquistas e da contribuição de Barão de Mauá, que nasceu em família de poucos recursos na fronteira do Rio Grande do Sul com o Uruguai e obteve o sucesso por sua obsessão empresarial, consigne-se que, numa época em que o Brasil era permeado de práticas protecionistas e de políticas governamentais de privilégios, o nobre empresário foi privilegiado por suas amizades bem-relacionadas no Império, como o Marquês de Monte Alegre (ministro do Império), o Visconde de Uruguai (ministro de Negócios Estrangeiros), Eusébio de Queiroz (ministro da Justiça) e Barão do Rio Branco (diplomata), que não o deixavam alheio às benesses político-econômicas (ALZUGARAY, 1998, p. 16).

Demais disso, é de se supor que seria difícilimo relacionar-se contratualmente com o Estado brasileiro do século XIX sem que houvesse proximidade com os Ministros, que eram os competentes para assinar os contratos¹⁶. Aliás, esta imperiosidade de aproximação afetiva entre os

¹⁵ O conhecido empresário formou-se intelectualmente na Inglaterra, sob a cultura da revolução industrial, influenciada pela escola de Manchester, notadamente liberal: antiescravista e antimonopolista, defensora do livre-câmbio e da livre concorrência. Muito embora, posteriormente, ao notar que o discurso inglês era distinto da prática inglesa, tenha amainado o seu ímpeto liberal, sobretudo sob a influência do alemão Friedrich List, que defendia a proteção alfandegária como método de proteção para as indústrias de mercados nacionais emergentes, como o Brasil. (ALZUGARAY, 1998, p. 14)

¹⁶ “CONTRACTOS – São estes celebrados por um Ministro a bem d’um serviço geral, ora com fornecedores, ora com emprezarios d’obras publicas. Os contractos do Governo devem por via de regra ser feitos com publicidade e concurrencia.” (REGO, 1860, §39)

particulares que pretendem contratar com o Estado e os agentes públicos responsáveis não é peculiar ao século XIX, mas a toda história brasileira (FAORO, 1993, 2001).

Àquela época, ainda mais, imagine-se como seria não ter proximidade com os responsáveis pelo Estado acaso houvesse alguma pendenga contratual, pois que o órgão competente para julgá-la era composto pela própria Administração Pública¹⁷.

Note-se que as concessões do Estado brasileiro no século XIX não foram promovidas e empregadas sob o fundamento de dar eficácia aos direitos dos indivíduos, pois a eles não se reconheciam direitos a prestações materiais exigíveis do Estado.

A vinculação de encargos sociais como dever do Estado brasileiro viria a ser positivada pela Constituição Federal de 1934, que inaugurou a primeira seção constitucional da Ordem Econômica e Social, por influência determinante e estrangeira – como reflexo direto da socialização dos direitos consagrada na Constituição do México de 1917 e na Constituição alemã de Weimar, em 1919 (TÁCITO, 1997, p. 400).

Ainda a respeito das concessões, a partir da década de 1930, houve um notável *declínio teórico e prático do instituto*, em prestígio à assunção da prestação desses serviços pelo próprio Estado brasileiro, com vistas, sob o aspecto de legitimidade constitucional, à efetivação dos direitos sociais.

2.3.2 A justificativa econômica para a intervenção do Estado sobre os serviços monopolísticos e indispensáveis à coletividade no século XX.

A legitimidade que sustenta a aplicação de um regime jurídico especial sobre a prestação de alguns serviços úteis à coletividade, as denominadas normas de direito público, está relacionada com os

¹⁷ Mais uma passagem doutrinária histórica que relata a competência administrativa para julgar os contenciosos contratuais da Administração Pública brasileira: “U’na cousa é contenciosa, quando está em questão; quando é, ou pode ser disputada. A jurisdição contenciosa é a dos Juizes naturaes e ordinários. É principio e regra que a mesma Administração deve julgar as reclamações que se erguem por ocasião dos seus actos, que ellas se apoiem em simples interesses, quer se fundem em direitos. O contencioso administrativo é pois a jurisdição da Administração, que é o Juiz natural e ordinário dos seus actos. [...] Quanto ao contencioso entre os fornecedores ou contractadores e o Governo, é da competencia da autoridade administrativa.” (REGO, 1860, §40)

fundamentos materiais de ordem econômica e política que culminaram na designação da titularidade desses serviços ao Estado. Daí dizer que a essência do conceito de serviço público, o seu *dever ser*, está em sua fundamentação material, na identificação das características que lhe conferem tal qualificação. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 21)

Com efeito, a avocação de tal competência pelo Estado amparou-se no reconhecimento de que algumas espécies de serviços possuem características que os distinguem das demais, realçadas pelo alto grau de dependência da coletividade e, economicamente, pelo risco de não serem prestados espontânea e adequadamente pelos particulares. Em vista disso, deveriam receber jurídico tratamento diferenciado, por sua proeminência coletiva.

O tema foi objeto de debates políticos, jurídicos e econômicos no século XX. Ao longo daquele século, dois modelos de prestação de serviços públicos foram consolidados no mundo ocidental. No primeiro deles, predominante nos Estados Unidos da América, o particular prevaleceu como o prestador dos serviços, sujeito, todavia, a ampla regulamentação e controle do Estado. No segundo modelo, predominante na Europa, o próprio Estado, por meio de seus órgãos ou entidades, foi o responsável pela prestação desses serviços. (BRUCE et al., 1996, p.2)

Em decorrência de tradição mais liberal, a busca por esses fundamentos materiais de legitimidade foram demandadas especialmente nos Estados Unidos da América, onde se exigiam razões convincentes para respaldar a intervenção do Estado em situações econômicas específicas. (BRUCE et al, 1996, p. 8-9)

As denominadas “*Public Utilities*”, nos Estados Unidos da América, foram discutidas a fim de se investigar a existência ou não de legitimidade para a intervenção estatal em nome do interesse público.

Embora essa discussão não tenha recebido a mesma dedicação europeia ou brasileira, foi essencial para se justificar a existência dos serviços públicos sob o aspecto político e econômico e, por consequência, para se referendar a opção no âmbito jurídico.

Costuma-se dizer que o marco jurídico que reconheceu ao Estado a legitimidade para regular os serviços de utilidade pública foi o caso *Munn versus Illinois*, que tramitou na Suprema Corte Americana em 1876 (MOTTA, 2003, p. 57). Na ocasião, Munn & Scott, uma companhia de armazéns de grãos, acautelada por onze precedentes jurisprudenciais como arrimo teórico para o argumento de que o Estado não poderia interferir no uso da propriedade de particulares, recorreu à Suprema Corte Americana contra decisão do Tribunal de Chicago que considerou válida uma lei local que fixava limites para os preços por ela praticada.

Na ocasião, no entanto, com esteio no interesse público, de forma inédita, a Suprema Corte Americana decidiu pela constitucionalidade da lei, confirmando a legalidade da interferência estatal sobre a prestação de serviços de utilidade pública por particulares, justificando-a na defesa do interesse público. A decisão assentou que o uso da propriedade privada e a elaboração de contratos privados eram livres da interferência estatal; sujeitavam-se, sem embargo, à regulação pública caso fosse necessário regularizar os preços para retificar as injustiças que exigissem tal intervenção (IRONSON, 2006, p. 238).

Foram dois os critérios materiais originários que serviram como justificativa e levaram ao reconhecimento de que o Estado deveria ser investido na responsabilidade pelo controle de alguns serviços, para assegurá-los. Esses critérios, pautados em características enredados sob o aspecto econômico dos serviços, foram responsáveis por conferir legitimidade material à designação de competência formal ao Estado para a regulação e, posteriormente, para a prestação desses serviços¹⁸.

A primeira característica era a de que a prestação do serviço deveria ser indispensável para a coletividade, ou seja, deveria representar satisfação a uma necessidade essencial à vida dos indivíduos que compõem determinada sociedade.

A segunda característica era a de que a prestação do serviço deveria ocorrer em regime de monopólio econômico natural. Diz-se que um monopólio econômico é natural quando é absolutamente inviável a competição ou quando a consequência provável de uma competição neste setor é a sobrevivência de apenas um prestador dos serviços. No regime de monopólio econômico natural, é mais vantajoso ao usuário que o serviço seja prestado por um único prestador do que em regime de competição.

Esse monopólio pode ser originado, por exemplo, pela necessidade de utilização de locais públicos para a prestação dos serviços, como a

¹⁸ A descrição dessas características foi extraída da bem referenciada obra de Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Hélio Janny Teixeira e James Terence Coulter Wright, intitulada por “Serviços Públicos no Brasil (1996): mudanças e perspectivas – concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública”. Os autores, à época professores e pesquisadores do Departamento de Administração da FEA-USP, relataram os elementos caracterizadores e a experiência internacional e nacional sobre os serviços de utilidade pública.

iluminação das ruas da cidade ou o abastecimento de água, que, por limitação física, não podem absorver infraestrutura de um número plural de prestadores; ou ainda, pelo fato de que a divisão da demanda, entre diferentes competidores, representa a inviabilidade da prática de preços razoáveis, ocasionando, em virtude dos vultosos investimentos necessários para promover infraestrutura necessária à prestação dos serviços, tarifas mais caras num regime de competição do que num regime de monopólio. O exemplo clássico é o da infraestrutura ferroviária, em que “não teria cabimento imaginar a competição no sentido próprio da expressão por meio da multiplicação de infra-estruturas necessárias ao transporte ferroviário.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 42)¹⁹.

Em outras palavras, a prestação desses serviços em regime de competição significaria a incursão em custos médios maiores que resultariam em tarifas maiores, cuja causa é vertida no fato de que o custo total do investimento em infraestrutura sofre pouca variação pela diminuição da demanda. O monopólio torna-se natural, pois qualifica-se como a solução mais consentânea aos interesses dos particulares e dos empreendedores.

Em miúdos, como não há competição, há risco de excessos. A solução elaborada para evitar o abuso econômico num setor indispensável à coletividade foi a regulação externa ao mercado, promovida pelo Estado. E, para além disso, por se tratar de serviço monopolístico e indispensável à coletividade, deveriam vigor também regras que assegurassem a qualidade e a quantidade dos serviços. (BRUCE et al, 1996, 10-12).

Indispensabilidade à coletividade e monopólio econômico natural foram os dois critérios materiais originários que legitimaram, sob o aspecto econômico, a assunção pelo Estado da responsabilidade pela regulação desses serviços.

¹⁹ Atualmente, nos casos em que não há viabilidade de multiplicação das infraestruturas, a competição se dá com a dissociação entre a propriedade da infraestrutura e da exploração da rede. Por exemplo, no caso do transporte ferroviário, a exploração dos serviços pode ser concedida a diferentes particulares, que explorariam os serviços por horários predeterminados e, assim, compartilhariam em regime de concorrência, da demanda. Ainda que o proprietário da infraestrutura seja único (remunerado pelos concessionários), empresta-se os benefícios da concorrência a uma parte considerável do custo final dos serviços (JUSTEN FILHO, 2003, p. 42).

Em que pese o suporte teórico que conferiram, contudo, nenhum dos dois critérios é capaz de identificar com exatidão se determinado serviço deve ou não ser considerado afeito ao regime de direito público e, por isso, sempre foram mais indicativos do que decisivos.

O critério de *indispensabilidade do serviço*, vinculado à sua essencialidade à coletividade, conquanto essencial para a legitimidade material do serviço público, sofre séria variação subjetiva e temporal. É conceito fluido, que depende de cada povo – na verdade, de cada indivíduo –, em cada momento histórico.

A dependência dos indivíduos aos serviços públicos não é dado objetivo, pelo contrário, relaciona-se com as variações dos níveis de satisfação das necessidades de cada indivíduo em cada época. Diferentes épocas, diferentes culturas e diferentes locais representam diferentes necessidades, diversificadas em razão dos avanços tecnológicos, das variações do ambiente e dos diferentes contextos políticos. Por exemplo, hoje é idôneo considerar que o acesso à rede mundial de computadores é necessidade indispensável, o que não faria qualquer sentido há duas décadas.

É no sentido do que Marçal Justen Filho (2003, p. 32) registra ao defender a impossibilidade de se estabelecer uma padronização das necessidades humanas, a não ser que se sacrifique uma das características mais essenciais da natureza do homem: a sua individualidade.

Todavia, embora não haja objetividade pura, não há uma completa relativização. Sendo possível, portanto, estabelecer razoavelmente o que é ou não indispensável em determinado local e momento histórico.

O *monopólio econômico natural*, por sua vez, é critério dependente de previsões e, naturalmente, torna-se incapaz de objetivar com retidão o comportamento futuro de um setor econômico. Não há como prognosticar um futuro hipotético, sobretudo na seara econômica.

Em síntese, de acordo com os critérios materiais originários que conferiram legitimidade ao regime jurídico especial, toda intervenção direta do Estado sobre a prestação de serviços de interesses gerais deveria respeitar a verificação de que a atividade prestada é indispensável à coletividade e resultante de um monopólio econômico natural.

Há um problema, no entanto: a primeira característica, como se viu, não pode ser aferida de forma analítica, pois depende de subjetividades intrínsecas aos indivíduos; a segunda, por sua vez, está condicionada a previsões econômicas e, portanto, também a controvérsias subjetivas.

Daí é inevitável concluir pela impossibilidade de definição, por critérios estritamente objetivos, de quais serviços devem ser considerados

como afeitos ao regime jurídico de direito público, pois dependem do contexto histórico em que estão inseridos e da avaliação subjetiva de quem afere os critérios. Esta conclusão atravessou os séculos e permanece até hoje.

Torna-se inviável impingir a qualidade de monopolístico ou de indispensável à coletividade a setores que podem receber contribuições tecnológicas e superar tais barreiras, por exemplo. É o que acrescenta Marçal Justen Filho (2003, p. 32) ao notar que a relatividade do conceito de serviço público revela-se inclusive pelas variações tecnológicas, que fazem surgir ou extinguir necessidades comuns a todos os homens.

Por exemplo, a armazenagem de grãos, que no passado foi considerada como serviço de utilidade pública e até ilustra a decisão que marcou o início da regulação estatal nos Estados Unidos da América sobre os serviços prestados pelos particulares, hoje não mais o é, sobretudo em razão da ampla viabilidade de competição.

Por outro lado, há dois séculos, o transporte aéreo não era considerado um serviço indispensável à coletividade, por inviabilidade tecnológica, e atualmente recebe a titularidade do Estado. Ou ainda, os serviços de telefonia e de energia elétrica, que há três décadas representavam um exemplo típico de monopólio natural, que justificava e exigia, no Brasil, a prestação direta pelo Estado, hoje é prestado em regime de competição, sobretudo em virtude dos avanços tecnológicos.

Um último exemplo dessa volatilidade: os serviços de loteria, cuja indispensabilidade à coletividade e cujo monopólio econômico natural podem ser facilmente questionados, no Brasil, são serviços prestados em regime de exclusividade pelo Estado²⁰.

Dessa impossibilidade de se definir *a priori* quais atividades devem ser consideradas como serviço público, em razão da fluidez dos critérios materiais, propensos a diferentes juízos valorativos, surgirá uma inevitabilidade: a classificação dos serviços públicos é exercício sobremaneira político, conservando grau apenas relativo de vinculação com o seu conceito material. O plano deontológico (o dever ser) dos serviços públicos não é capaz de subsidiar critérios incondicionados às variações subjetivas e temporais.

Em corolário disso, a história da prática administrativa revela que ambos os critérios teóricos materiais foram menos relevantes no processo

²⁰ A promoção de jogos de azar, em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte, são proibidos aos particulares, vide artigo 50 do Decreto-Lei Federal nº 3.688/1941.

de consolidação dos serviços públicos quando comparados com critérios políticos, sobremaneira vinculados aos interesses daqueles que detinham o poder de decisão para classificar o que seria de competência do Estado. Em justa observância a isso, também, a aplicação do direito observará com muito mais rigor o seu plano ontológico (o *ser*) dos serviços públicos, considerando como tal o que foi positivado em lei.

De qualquer sorte, não se pode perder de vista que estes foram os pressupostos teóricos materiais que, no passado, legitimaram a assunção de serviços por parte do Estado e que hoje ainda representam o miolo de sua legitimidade, pelo que devem ser respeitados, ainda que não exclusivamente, sob pena de se desfigurar por completo a legitimidade do instituto.

2.3.3 A explicação teórica de León Duguit em favor do poder político como um fato natural e do dever estatal de promoção da solidariedade social.

León Duguit (2009, p. 51-62), jurista francês que exerceu significativa influência sobre o direito administrativo brasileiro ao longo do século XX, relatava, no início daquele século, que a origem do Estado e, mais propriamente, os fundamentos de legitimidade do poder político, representavam questões que apesar de exaustivamente discutidas não haviam avançado muito.

À época, eram duas as grandes categorias doutrinárias que visavam a trazer respostas para a legitimidade do poder político: as doutrinas teocráticas e as doutrinas democráticas.

A primeira delas referia-se à doutrina teocrática, segundo a qual a legitimidade do poder político se dava pela assunção de um poder divino. Esse direito divino sobrenatural, concepção que recebeu muita força na França dos séculos XVII e XVIII, significava que a legitimidade do monarca e, por consequência do Estado, residia em Deus e não no povo. Dessa sorte, o monarca, supremo comandante do Estado, só devia prestar contas a Deus, e não ao povo.

A concepção de direito divino sobrenatural ganhou com o tempo contornos processuais, cuja mutação consagrou aos homens o dever de encarnar o poder que advinha de Deus e, por meios humanos, realizá-lo sob uma direção invisível da providência divina. Ambas as doutrinas teocráticas, contudo, por fundarem-se em crenças sobrenaturais, prescindiam de postura científica, razão pela qual entraram em declínio com o apogeu das doutrinas iluministas, enaltecidas com a Revolução Francesa.

A segunda categoria de fundamentos que buscava conferir legitimidade ao poder político era representada pelas doutrinas democráticas.

Segundo as doutrinas democráticas, a legitimidade do poder político encontrava-se na vontade coletiva da sociedade, que se sujeitava a esse poder justamente porque havia sido ela própria quem o instituiu e era ela própria quem lhe regia.

No século XIX, então, as doutrinas democráticas articulavam-se sobre duas posições políticas: a de que todo o poder derivava diretamente do povo e a de que o poder seria exercido por um parlamento eleito pelo povo.

León Duguit (2009, p. 61-69) refutava a legitimidade de ambas as doutrinas teocráticas e democráticas. A respeito das doutrinas democráticas, afirmava que o governo exercido diretamente pelo povo deveria ser repudiado porque dele emanava uma tendência a julgar-se onipotente (lembre-se que no início do século XIX não havia o reconhecimento dos direitos fundamentais como condicionantes limitrofes à democracia). Sobre o governo exercido pelo parlamento, que em tese representaria a vontade do povo, o autor sustentou que a representatividade seria na realidade uma ficção, um sofisma, exemplificando que as assembleias populares francesas estabelecidas contra o despotismo dos reis revestiam-se de um despotismo ainda mais radical.

Para León Duguit (2009, p. 73), “o poder político é um fato que não admite em sua natureza cunho de legitimidade ou ilegitimidade.”, e que “em todos os países e em todos os tempos, em qualquer das modalidades de força, acima elencadas, os mais fortes quiseram e conseguiram impor-se aos outros.”. O autor arrematou: “Direito divino, vontade social, soberania nacional, todos constituem doutrinas estabelecidas sobre sofismas com que os governantes iludem as pessoas e também a si mesmos.”.

Como visto, o autor defendia o descabimento de discussões a respeito da legitimidade ou ilegitimidade do poder político, pois, em sua opinião, o poder político não era nada mais do que um fato presente em todas as civilizações. De conseguinte, o poder político deveria ser observado por outro ângulo – como mero fato e não como uma questão de legitimidade.

De par com isso, o autor assumia também como premissa o “fato incontestável de que o homem vive em sociedade, sempre viveu e só pode viver em sociedade com seu semelhante” (DUGUIT, 2006, p. 35). O direito, que exsurgiria naturalmente desse compartilhamento de interesses

sociais, exigiria dos indivíduos que vivem em sociedade a observância de valores éticos, os quais o obrigavam a desenvolver as suas atividades tão plenamente quanto possível.

O desenvolvimento da sociedade, da qual todos são parte, dependeria do esforço de cada indivíduo. Segundo o autor, a liberdade do indivíduo não se caracterizaria como uma prerrogativa inerente à natureza humana, mas um direito conquistado na medida em que o indivíduo desenvolve suas atividades em solidariedade social.

Deduz o autor, diante dessas premissas, que da natureza do direito depreende-se o seu maior fundamento: a solidariedade social (DUGUIT, 2006, p. 41). Essa solidariedade social deveria ser considerada como postulado do direito, inclusive com força superior e anterior ao Estado. O mesmo direito seria anterior, superior e aplicável aos homens e ao Estado.

Assim, o próprio Estado também seria a manifestação de um fato, identificado pelo poder político dos governantes sobre os governados e reconhecido pelo uso da força, que seria legítima sempre quando exercida em conformidade com o direito, que, por sua vez, fundava-se na solidariedade social.

O fomento da solidariedade social, com a satisfação das necessidades comuns aos homens, seria o fundamento e o maior propósito do Estado.

O Estado, como a maior força existente na sociedade e condicionado à observância do direito, estaria obrigado a empregar a sua força e os seus poderes na consecução da solidariedade social, o que faria por intermédio do que denominou por *serviços públicos*. Por isso dizer que os serviços públicos representavam o cerne e o próprio fundamento do direito.

Em outras palavras, os serviços públicos expressariam a própria essência prática do direito, uma vez que o Estado, como a maior força existente, estaria obrigado a prestá-lo em favor da solidariedade social. Em suma, a finalística solidariedade social, ao qual todos os homens encontravam-se obrigados a perseguir, é que amarraria o Estado ao direito.

A busca pela solidariedade social, em conjunto com todos os poderes de autoridade reconhecidos ao Estado, viria a irradiar efeitos sobre o direito brasileiro especialmente nas décadas de 1930 e 1940, com o reconhecimento da função social da propriedade, dos direitos dos trabalhadores, e, especialmente sobre o direito administrativo, traria fundamentos para a legitimidade do Estado-prestador e intervencionista (DUGUIT, 2009).

2.3.4 O declínio do instituto das concessões a partir da década de 1930 e o seu ressurgimento na década de 1990, em paralelo com a ascensão e a queda do Estado-prestador.

O século XX, até a Constituição Federal de 1988, é marcado por um Estado que se tornou “dono da sociedade, em vez de constituir, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição da nação, ou seja, do cidadão.” (WALD et al, 2004, p. 9). Em outras palavras, o direito, teorizado por León Duguit, como o limite do Estado, acabaria por ser empregado para legitimar a sua violência sobre os direitos individuais dos particulares.

A partir da década de 1930, então, o Brasil aderiu ao movimento internacional de enrijecimento do Estado. O Estado brasileiro passou a prestar diretamente os serviços públicos, as demais utilidades públicas e inúmeras outras atividades econômicas propriamente ditas. Reconheceu-se o dever do Estado de prover os serviços indispensáveis à coletividade. Com a opção pela prestação direta, houve um natural declínio do instituto das concessões, pois a política era contrária à delegação das utilidades públicas. Esse robustecimento do aparato estatal continuou até a década de 1980, quando se iniciou o movimento contrário, de desestatização.

Leia-se o comentário de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 38):

A segunda fase da evolução dos contratos de concessão ocorreu a partir dos anos 30 do século XX, especialmente com a criação, pelo Governo Vargas, de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, tais como, entre outros, a criação de diversas empresas estatais, principalmente nos setores de infra-estrutura e de indústria de base.

Nessa segunda fase, os contratos de concessão perdem sua relevância, por se tornarem, sobretudo, instrumentos de delegação a entes estatais do direito de exploração de serviços públicos. Como os contratos eram celebrados com entes controlados pelo Governo, o contrato de concessão se tornou, por assim dizer, algo dispensável ou, pelo menos, expletivo em relação ao poder que o Governo já detinha enquanto controlador das estatais, em um contexto legal de poucos limites aos poderes dos controladores de empresas, especialmente quando tal controlador fosse o Governo.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2011, p.1), “o Estado brasileiro seguiu, embora quase sempre com algum atraso, o modelo dos países capitalistas adiantados da Europa continental nas suas relações com a economia.”. E, de fato, a gestão dos serviços públicos no Brasil, a partir da década de 1930 e sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, acompanhou o “modelo europeu”. A Administração Pública passou a absorver as antigas concessões e a se responsabilizar pela prestação dos serviços (BRUCE et al., 1996, p.2).

E o direito administrativo brasileiro seguiu aquela tendência, conferindo estrutura legal e formal para que o Estado pudesse avocar a competência para prover das necessidades coletivas. Era o justo propósito de promover a solidariedade social. Em 1941, com entusiasmo, Olavo Bilac Pinto (2002, p.1-2) comentou o fenômeno:

No plano do Estado, os fatos mais característicos da nossa época são a sua intervenção, cada vez mais ampla, no domínio econômico e na ordem social. O relevo singular dessa constatação decorre da universalidade do fenômeno, que contemporaneamente se verifica, embora por maneiras diferentes, em todos os meridianos políticos do mundo. [...]

O conceito de liberdade perde em extensão e subtileza o que ganha em profundidade e substância.

O exercício do direito de propriedade se esvazia do seu conteúdo absolutista e passa a ser conceituado como função social. O princípio da igualdade revaloriza-se em contato com essas novas realidades.

Egon Bockmann Moreira (2008, p. 546-547) comenta o assunto, indicando que o modelo de intervenção direta, de uma gestão empresarial pública, instaurado no Brasil a partir da década de 1930, chegou ao auge na década de 1970. O autor registra que a Administração Pública manteve a titularidade e a administração dos principais setores da economia, como o petróleo, energia, telecomunicações, aço, portos, ferrovias, aeroportos e bancos, o que teria resultado num alargamento da atuação jurídica e econômica do Estado e, igualmente, numa economia eminentemente pública, a despeito, diga-se, da celebração de ideais liberais nas Constituições. Note-se, como bem realça Gilberto Bercovici (2010, p. 82), que o próprio princípio da subsidiariedade, cuja concepção remonta

a um Estado que somente interviria nas atividades econômicas dos particulares em situações pontuais e excepcionais, foi registrado nas Constituições de 1967 e 1969, vigentes durante o regime militar. Em que pese o discurso liberal, o autor anota que “cerca de 60% das empresas estatais do Brasil foram criadas entre 1966 e 1976”.

Durante todo este período, então, houve a nacionalização da prestação dos serviços, ocorrida por descentralização administrativa. Foram criadas entidades da Administração Pública indireta – sociedades de economia mista e empresas públicas –, que assumiram, na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, de forma quase exclusiva, inúmeros serviços antes prestados por particulares, como o transporte ferroviário, energia elétrica e telecomunicações. (GROTTI, 2011, p. 3)

Na esfera internacional, até o início da década de 1960, admitia-se, quase em uníssono, a capacidade e a legitimidade do Estado para corrigir as “falhas de mercado”, como identificados os monopólios naturais. As ineficiências somente poderiam ser amainadas ou extirpadas por meio da atividade reguladora do Estado ou pela assunção direta da prestação dos serviços. Mas foi somente na década de 1980 que os dois modelos consolidados de prestação de serviços públicos passaram a ser questionados com maior ênfase. A respeito dos serviços públicos prestados por particulares, discutiu-se a eficácia da regulamentação e, por consequência, a sua necessidade. No modelo em que a Administração Pública assumia diretamente os serviços públicos, a controvérsia residiu na eficiência da gestão produtiva sob propriedade estatal. Como resultado desses questionamentos, nessa época, ocorreu a desregulamentação de alguns setores nos Estados Unidos da América e a privatização de empresas estatais na Grã-Bretanha. (BRUCE et al, 1996, p. 2-3, 19)

Estas propostas de desregulamentação e de privatização chegaram ao Brasil numa época em que a economia brasileira podia ser reconhecida por sua notória fragilidade. A década de 1980, que foi marcada pela aceleração da inflação, pelo crescimento da dívida pública, pelas dívidas externas e pela insegurança do mercado do petróleo, também foi acompanhada da reduzida capacidade de investimento da Administração Pública, com reflexos diretos na qualidade e na abrangência dos serviços públicos por ela prestados diretamente. Este contexto permitiu que as referidas propostas prosperassem, apesar da resistência ideológica de alguns setores da sociedade. (BRUCE et al, p. 3)

Para se ter uma noção mais aproximada do que significou esse robustecimento do Estado-prestador, veja-se, com apoio dos registros de Caio Tácito, que até 1930 o número de entidades da Administração Pública indireta, no âmbito federal, não ia além de 17, alcançando 70 na

década de 1950 chegando a 582 na década de 1980, quando iniciou o retrocesso (1997, p. 727).

Mas foi somente a partir da década de 1990 que a desestatização foi empreendida com maior ênfase: entre outubro de 1991 e março de 1999 foram vendidas 115 empresas estatais (GIAMBIAGI e PINHEIRO, 2000, p. 35). Dentre essas, houve o leilão de empresas prestadoras de serviços públicos. Retornou-se a preferência pela prestação dos serviços públicos em forma de concessão, mas, agora, regulados na forma das agências reguladoras (autoridades administrativas independentes).

A partir da Constituição Federal de 1988, a assunção de novos encargos sociais pelo Estado brasileiro e a grave crise fiscal em que se encontrava incentivaram a busca por novas formas de gestão do serviço público. Em especial, era necessário aliar grandes investimentos financeiros, métodos de gestão mais flexíveis e pessoal técnico especializado (GROTTI, 2011, p.2).

Estas necessidades, novamente, num contexto de dificuldades econômicas, representaram as razões pelas quais o Estado brasileiro passou a adotar, paulatinamente, em boa medida, as práticas administrativas apresentadas nos Estados Unidos da América e na Europa: a desestatização e, para o que interessa ao presente estudo, o ressurgimento das concessões.

Assim, “decorridos mais de sessenta anos a partir da consagração do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido.” (WALD et al, 2004, p. 9)

Na década de 1990, então, houve a reabertura de setores econômicos à iniciativa privada, especialmente com o Programa Nacional de Desestatização – PND, lançado com o objetivo de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”²¹. É o momento marcante da *falência do Estado paternalista e “megalômano”* (WALD et al, 2004, p. 6). A gestão dos setores econômicos afastou-se um pouco do Estado, mas sem abandoná-lo, e passou a ser efetivada por meio da regulação. (MOREIRA, 2008, p. 545-547)

²¹ Lei Federal nº 9.491/1997

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; [...]

A reforma foi marcada, no início, por processos de privatização de empresas estatais, acompanhados de forte clamor popular contrário. Diversos setores econômicos receberam medidas redutoras da máquina estatal, seja na forma de privatização, a exemplo da alienação das empresas que prestavam serviços de telecomunicações, de empresas ligadas à produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, de empresas ligadas à produção de minério e da siderurgia (Usiminas, Vale do Rio Doce e Companhia Siderúrgica Nacional), seja na forma de desregulamentação, a exemplo da possibilidade de exploração de recursos naturais, do setor bancário e jornalístico por estrangeiros.

Como exemplo do clamor contrário à abertura econômica do Estado brasileiro, leia-se a crítica ferrenha de um dos autores consagrados da doutrina administrativista brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 681):

Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição –, chegou-se a apregoar o *fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cênicos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o “vampirismo econômico”, foram elaborados os motes “globalização” e “reforma do Estado”, em termos que lhes facilitassem os objetivos.

Fato é que nesse momento houve o ressurgimento do instituto das concessões. A redução das atividades prestadas diretamente pelo Estado brasileiro demandou uma política de comunhão de esforços e de interesses entre a Administração Pública e os particulares. Vera Monteiro (2010, p. 12) comenta que sob a ótica do sistema jurídico nacional, foi a partir da Lei Federal nº 8.987/1995 que houve o renascimento do interesse

sobre o instituto. O momento também é retratado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2011, p.5):

O Estado brasileiro não escapou às novas tendências e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões. Iniciou-se, então, um movimento inverso e várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado, com o retorno da concessão para a empresa privada. O instituto ressurgiu com a mesma justificativa que direcionou sua elaboração no século XIX: realização de serviços sem ônus financeiro para a Administração, mas num outro contexto.

Embora a titularidade dos serviços tenha sempre se mantido sob a tutela estatal, ao longo da história brasileira a competência para a prestação dos serviços públicos e das demais utilidades públicas oscilou bastante: ora por conta e risco dos particulares, que recebiam a outorga do Estado (como as concessões do século XIX), ora diretamente pelo Estado (vide a assunção das competências a partir da década de 1930) e, agora (desde o movimento pela desestatização iniciado na década de 1980), trouxe-se de volta a prestação aos particulares, mas também em forma de parcerias com o Estado, com risco compartilhado e sob rígida regulação. Tal peculiaridade é ilustrada pela doutrina de Caio Tácito como o movimento de um pêndulo (1997, p. 721).

Na opinião de Egon Bockmann Moreira, (2008, p. 542, 545-547), a proposta de política pública apresentada pelo Estado brasileiro não passa de uma sequência de momentos desenvolvimentistas independentes. Ou seja, nunca houve um planejamento efetivo e organizado da economia. Esta percepção é de longa data, esparramada pelas administrações, não podendo ser imputada a um governo específico. Mais que isso, a história econômica brasileira indica que algumas premissas neoclássicas estavam equivocadas, particularmente pelo fato de que a inflação deixou de ser um desvio circunstancial para fazer parte da lógica interna do sistema, convivendo, em alguns momentos, com o desemprego crescente num mercado de oligopólios – a chamada estagflação. Como consequência, com o apogeu nas décadas de 1980 e 1990, houve épocas de hiperinflação, em que o poder aquisitivo da população reduzia e repercutia automaticamente nos custos imputados aos produtos, elevando os preços de maneira descontrolada.

Em vista de todo esse contexto histórico, é possível afirmar que nunca se viveu o liberalismo econômico no Brasil, entendido em sua

concepção clássica, *laissez-faire*. Aqui, pois, o Estado sempre manteve a economia sob suas rédeas.

Embora tenha havido variações de intensidade, a economia nunca foi livre do Estado. Em palavras já enunciadas, “[t]ire-se do capitalismo brasileiro o Estado e pouco sobrará” (FAORO, 1993, p. 26).

Em consonância com esses fatos, a opinião de que a vida em sociedade depende de intervenções no Estado também nunca enfrentou grandes controvérsias, restando assentada entre maioria absoluta dos governantes, dos partidos políticos e dos particulares²².

Não há registros de defesas em favor de um Estado abstencionista que tenham causado alguma repercussão política de destaque, a ponto de pôr em risco a sua pacífica soberania para regular as atividades econômicas. Os debates políticos mais recentes e mais próximos ao tema remontam à década de 1990, quando houve o confronto teórico entre o Estado-prestador *vis-à-vis* o Estado-regulador (LAUMONIER, 2000, p. 334).

O chamado *neoliberalismo*, tal como sustentado em sua origem teórica, no Brasil, bem verdade, nada teve de *liberalismo clássico*, pois defendia a manutenção da regulação da economia, inadmissível para os defensores do livre mercado, bem como não combatia o estamento burocrático em sua raiz, representado hoje, por exemplo, pelos mais de vinte mil cargos a preencher por designação direta da presidência da república no Brasil (SARDENBERG, 2008, p.29) ou pelos mais de doze mil cargos de confiança da Câmara dos Deputados²³.

Logo se vê, também, que o direito administrativo brasileiro jamais se desenvolveu com independência em relação às práticas internacionais. E, como se apontará ao longo do estudo, o Procedimento de Manifestação de Interesse seguiu a mesma lógica de importação de institutos de direito administrativo.

²² Para se ter uma ideia do aceite popular, veja-se o resultado estimativo de pesquisa de campo realizada no ano de 2002 por Alberto Carlos Almeida (2007, p. 198): 83% da população brasileira concorda um pouco (20%) ou concorda muito (63%) que o governo deve socorrer empresas com dificuldade; 85% concorda um pouco (28%) ou concorda muito (57%) que o governo deve controlar o preço de todos os serviços básicos. E, o que é espantoso, 70% concorda um pouco (16%) ou concorda muito (54%) que o governo deve controlar os preços de todos os produtos vendidos no Brasil.

²³ Informação disponível em:

<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-antiores/congresso-gasta-r-6-bi-com-cargos-de-confianca/> Acesso em 30 mar. 2013.

Em suma, ao longo do século XIX e XX, as regras ditadas à atividade econômica foram prescritas por quem detinha o poder político. E os interesses econômicos, de certa maneira, perceberam-se conformados por esses poderes políticos. O regramento das atividades econômicas se deu mais no sentido de concessão de privilégios que no sentido de restrições de liberdade, muito embora um implique diretamente o outro. Esta característica de emaranhado entre interesses políticos e econômicos acompanha a história brasileira em todos os períodos: colonização, monarquia e república, e é intitulada por Raimundo Faoro como o patrimonialismo brasileiro (1993, p. 17):

O patrimonialismo não se mede apenas pela extensão. Tem a profundidade coincidente com a história brasileira, nesta incluída a sua origem ibérica. Ele vai desde a monarquia patrimonial, que encontra, na dinastia de Avis (século XIV), sua vocação marítima, até os planos financeiros das décadas de 80 e 90 deste século. Em todos os momentos, o poder público dispõe da riqueza, da propriedade e dos bens particulares, como se não pertencessem aos particulares, mas a eles estivessem revogavelmente confiados.

A certa altura, o autor comenta até sobre o instituto das concessões:

Para que haja o patrimonialismo é necessário que os recursos econômicos e administrativos (em sentido amplo) *dependam* do poder soberano ou do poder público, que atua por meio de concessões, estímulos, subsídios e autorizações. A empresa é, dessa forma, uma iniciativa particular viável por meio da dádiva pública, obtida por meios legais e ilícitos. (FAORO, 1993, p. 17)

Desde sempre, então, o Estado brasileiro exerceu – e ainda exerce – amplo domínio sobre a economia nacional, mesmo que de forma assistemática. Os bens e fatores de produção no Brasil sempre tiveram alguma relação de propriedade com o Estado, direta ou indiretamente. (MOREIRA, 2008, p.546-547)

O debate travado a respeito da eficiência da autorregulação do mercado, que envolve, por um lado, a defesa de que o mercado representa a regulação mais eficiente possível e que, por isso, deve ser livre da interferência estatal, e, de outro, a defesa de que o mercado possui regulação falha, que requer a intervenção estatal para corrigi-la, é duelo

clássico que se mantém em voga desde há muito, mas que, no Brasil, nunca foi expressivamente afluído. Esta particularidade brasileira foi comentado por Carlos Ari Sundfeld (2012, p.131):

Em primeiro lugar pela circunstância de que Estado e capital nunca se confrontaram seriamente no Brasil. O Estado, mesmo afirmando e ampliando seu poder – o estatismo do Governo Geisel na década de 1970 é um exemplo –, acomodou sem rupturas os interesses dos grupos econômicos. Como consequência, não há no debate brasileiro sobre o direito público econômico grande repercussão do confronto, travado internacionalmente, das ideias de regulação e de liberdade econômica, aquela cara aos estatistas, a segunda aos adeptos do livre mercado. No ambiente jurídico brasileiro não temos grandes críticos da intervenção estatal, e sim um relativo consenso em torno de sua necessidade. Só que nosso intervencionismo sempre se acomodou, sem conflito, às propriedades e contratos existentes.

Há uma pacífica e até profunda concordância em favor da intervenção do Estado brasileiro na economia e a respectiva sujeição dos particulares a essa conduta, que deve ser assumida como válida no Brasil contemporâneo e como pressuposto para o estudo dos institutos de direito administrativo hoje empregados. Como se verá, a própria existência do Procedimento de Manifestação de Interesse depende do reconhecimento ao Estado de competências para a prestação de utilidades públicas.

À maneira como o fez Vicente Pereira do Rego (1860, §81, grafia da época), “não cabe aqui discutir estas questões, aliás de grande interesse. Limitar-nos-hemos a indicar os argumentos invocados a favor da Administração [...]”.

É o que se propõe com o Procedimento de Manifestação de Interesse, indicar os argumentos a favor de uma Administração Pública consoante com os valores e princípios da Constituição Federal, diante da conjuntura econômica atual, defendendo-se os melhores meios para se efetivar os direitos fundamentais do homem.

2.3.5 O conceito de serviços públicos no século XX e uma breve exposição do seu conceito formal funcional contemporâneo

O direito administrativo brasileiro acompanhou todo o engrandecimento do Estado brasileiro no século XX, associando-se às suas características autoritárias. Era necessário fornecer estruturas teóricas e práticas que dessem suporte à maciça avocação de competências pelo Estado para a prestação direta de serviços de interesse coletivo e das atividades econômicas em sentido estrito.

Como não se pretende refazer todo o histórico do direito administrativo no século XX, afigura-se suficiente destacar alguns resquícios da legitimidade que aquele direito administrativo conferia ao Estado brasileiro a partir da doutrina de Hely Lopes Meirelles sobre serviços públicos (1999, p. 297-298), notadamente elaborada com o prestígio pela doutrina de León Duguit, antes apresentada.

O autor, consagrado no direito administrativo brasileiro do século XX, diferenciava os serviços públicos propriamente ditos dos serviços de utilidade pública; considerando, todavia, quando enunciado em sentido amplo, ambos como serviços públicos:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidade aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas *úteis* à comunidade, daí a necessária distinção entre *serviços públicos* e *serviços de utilidade pública*; mas, em sentido amplo e genérico, quando aludimos a *serviço público*, abrangemos ambas as categorias. [...]

Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone. (MEIRELLES, 1999, p. 297-298)

Por essa conceituação, o autor diferenciou os *serviços públicos* propriamente ditos como aqueles que visariam a satisfazer necessidades gerais e essenciais à comunidade e ao Estado, prestados diretamente pelo Estado, em contraposição aos *serviços de utilidade pública*, que objetivariam facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionariam bem-estar e conforto, prestados pelo Estado ou por delegatários dele. Ou seja, os primeiros, pela relevância, seriam prestados de forma privativa pelo Estado, os últimos, não necessariamente, embora sempre regulamentados.

Trata-se de nítida percepção de que o Estado, como o ente máximo da sociedade, carrega o dever de efetivar, por si, as utilidades sociais, pois somente ele é que pode exercer os *atos de império* e as *medidas compulsórias* que seriam inerentes às essencialidades dos grupos sociais.

De todo modo, como o próprio autor bem registrou, “o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas econômicas, sociais e culturais de cada comunidade” (MEIRELLES, 1999, p. 297).

E, de fato, a definição utilizada pelo autor, tanto para serviço público propriamente dito como para serviço de utilidade pública, muito embora clássica e representativa para o século XX, já não é mais pertinente para representar a realidade da segunda década do século XXI.

Como se depura de sua conceituação, que prescreve o *dever ser* dos serviços públicos, o centro de gravidade dos serviços relacionados com os interesses da coletividade descortinava-se significativamente sobre o Estado (*satisfazer simples conveniências do Estado*) e não com a primazia máxima aos usuários.

Tal conceituação encontra-se afastada de critérios materiais que legitimam o reconhecimento da competência estatal pra regulamentar e executar os serviços públicos. Está tanto afastada dos critérios originários

econômicos – a indispensabilidade à coletividade e o monopólio econômico natural –, como dos critérios hoje considerados como o seu âmago, quais sejam, os direitos fundamentais sociais, regidos pela proeminência da dignidade da pessoa humana, e a satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira (JUSTEN FILHO, 2003, p. 44).

Veja-se, por exemplo, que não se requer a indispensabilidade do serviço para que se submeta ao regime de direito público, bastando que o Estado reconheça, por conveniência, a sua utilidade.

Embora redigido sob os efeitos da Constituição Federal, o conceito traz resquícios de uma época em que não era limitada a autonomia do Estado para configurar determinada atividade como serviço público. Não era necessário que o serviço preenchesse requisitos materiais que legitimassem a sua assunção estatal e afastamento completo da esfera privada.

A intervenção na economia era a regra, não a exceção. Essa concepção de liberdade irrestrita para a Administração Pública afetar um serviço ao regime de direito público, por considerá-lo essencial à sobrevivência do grupo social ou do Estado, já não representa o *dever ser* dos serviços públicos. Isto é, o “serviço” *não deve ser* “serviço público” meramente porque é de titularidade do Estado. Antes, para que a sua titularidade seja aposta ao Estado, deve se classificar *materialmente* como serviço público (JUSTEN FILHO, 2003, p. 21).

Em que pese a expressividade para o século XX, como se disse, a diferenciação que faz Hely Lopes Meirelles (1999, p. 297-298) entre os serviços públicos e os serviços de utilidade pública não se coaduna com as práticas administrativas contemporâneas. Parece já não haver mais razão para se classificar os serviços de interesse coletivo passíveis de delegação como *serviços de utilidade pública*, como se distintos dos *serviços públicos* – ainda que se faça a ressalva genérica de que os serviços de utilidade pública podem ser denominados por serviços públicos. Não há mais como associar, por exemplo, a não essencialidade ao regime de delegação dos serviços, o que se denota daquela definição em relação aos serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone. São esses serviços essencialíssimos, não só convenientes, e são delegados. Ou seja, a justificativa da indispensabilidade para a exclusividade já não encontra conforto jurídico no século XXI.

Atualmente, o critério para se aferir quem é que irá prestar o serviço de interesse da coletividade não é a conveniência, a essencialidade ou a necessidade do serviço. O critério é a maior eficiência e a maior

eficácia ao lume do interesse público e em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Caso se entenda que determinado serviço será prestado de forma mais apurada por um concessionário do que pela Administração Pública, mesmo que se trate de um serviço indispensável, caso não seja vedada a delegação de sua prestação, exige-se que seja promovida essa parceria.

É possível afirmar que há uma predileção pela prestação dos serviços públicos em forma de parceria com os particulares, sempre que possível e oportuno (WALD et al, 2004, p. 9). Ou seja, os critérios outrora empregados para caracterizar e justificar a prestação direta pela Administração Pública (essencialidade e necessidade), hoje já não se aplicam.

De mais a mais, ao lume da interpretação consentânea à Constituição Federal, não convém mais defender que os serviços públicos possam ser eventualmente assim classificados *meramente em razão de sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do Estado*, como consta daquela conceituação, ou ainda, por *simples conveniências* do Estado.

O Estado não pode mais ser considerado como um fim a ser perseguido pelo próprio Estado, devendo, muito antes de buscar a sua própria sobrevivência ou as suas conveniências, representar um meio adequado para a materialização das necessidades dos indivíduos que o compõe – os direitos fundamentais do homem –, o que é seu pressuposto, sem o qual, haveria uma incompatível inversão de valores.

Conquanto o conceito sob análise reconheça que a atribuição primeira da Administração Pública é servir aos administrados, mantém também em seu centro a conservação do Estado como fim a ser perseguido pelos serviços públicos, o que não representa de forma adequada a primazia que se deve aos particulares.

Entende-se, então, que, no plano do *dever ser*, o enquadramento de uma atividade na categoria jurídica dos serviços públicos não deve partir da mera constatação de que a sua prestação é titularizada pelo Estado, por tê-la reconhecida como conveniente, e que, por isso, pode executá-lo privativamente ou de forma compartilhada com os particulares.

Também não deveria ser a simples constatação de que determinado serviço está sujeito ao regime de direito público. O conceito, em seu plano deontológico, deveria remeter fundamentalmente, antes, e mais, ao conteúdo do serviço, aos seus pressupostos materiais, às suas finalidades – que hoje se convolam para os direitos fundamentais.

A fragilidade jurídica da conceituação material de serviços públicos do século XX – e que de alguma forma ainda persistem no século

XXI –, sob o lume econômico, é notada com mais ênfase pelas inconveniências de se classificar determinado serviço consoante a utilidade emprestada aos indivíduos que o tomam (as ditas conveniência, essencialidade e necessidade).

É que o valor que o indivíduo confere a determinado serviço é arraigadamente subjetivo, pois depende, além da utilidade que lhe percebe, da sua percepção de escassez.

Em outras palavras, não se poderá considerar, diante de indivíduos componentes de um mesma sociedade, que gozam de diferentes níveis de comodidades e que, por isso, possuem diferentes necessidades, que um serviço é mais ou menos essencial para a sobrevivência do grupo social, uma vez que cada indivíduo guarda níveis distintos de utilidade e de escassez relacionados ao serviço, como antes se adiantou. Essa interpretação, que encontra suporte na teoria econômica da utilidade marginal (MENGER, 1983), deve ser considerada, no mínimo, para se reconhecer que o benefício conferido por cada serviço privado, serviço de utilidade pública ou serviço público propriamente dito, é dado subjetivo, que comporta controvérsia e cujo grau não pode ser aferido analiticamente²⁴.

Como dito, examinada essa definição dos serviços públicos, nada se percebe sobre os porquês da sujeição dos particulares à delegação dessa competência ao Estado. Nada daquilo que foi exposto no item pertinente aos critérios econômicos de legitimidade para a intervenção direta do Estado nos serviços de interesse geral²⁵ é revisto pelo conceito clássico, a não ser um resquício da indispensabilidade do serviço à coletividade, que se sustenta por utilidades mais amenas, como meras conveniências.

Deseja-se, com esta avaliação e a defesa da aproximação do *dever ser* dos serviços públicos aos valores e princípios da Constituição Federal, evitar que reconheça legitimidade onde só cabe a simples autoridade

²⁴ Em tese, se o sujeito central do Estado Democrático de Direito é o cidadão, então, num mundo ideal, a cada cidadão deveria ser inquirido quais seriam as suas essencialidades a serem satisfeitas pelo poder público. Evidentemente, por outro lado, essa prática encontra-se assaz afastada da realidade brasileira, pelo que se considera adequado, hoje, para verificar a conveniência e oportunidade de um serviço público, tão somente uma aferição quantitativa e qualitativa da satisfação das necessidades compartilhadas pela maioria (a busca pelos necessidades mais compartilhadas, mais úteis e mais básicas ainda não satisfeitas).

²⁵ Ver 2.3.2 *A justificativa econômica para a intervenção do Estado sobre os serviços monopolísticos e indispensáveis à coletividade no século XX*.

formal, sem questionamentos, como escapa, um pouco, a Hely Lopes Meirelles (1999, p. 298):

Também não é a atividade em si que tipifica o *serviço público* [...] O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como *público* ou *de utilidade pública*, para a sua prestação direta ou indireta [...]

Tal preocupação encontra par em texto de Carlos Ari Sundfeld que, muito embora deixe claro não estar com isso defendendo uma visão antiestatista, reconhece a necessidade de discussão sobre as origens das prerrogativas da Administração Pública.

No diálogo com administrativistas, não raro aparece algum argumento que vem de uma *visão estatista* – ou mesmo autoritária – em defesa de privilégios para o Estado e o poder. Isto está presente, por exemplo, em algumas afirmações sobre os *atos administrativos*, *contratos administrativos* e *serviços públicos*. Claro que existem boas razões para defender prerrogativas para o Estado, mas estas são criação humana, não fazem parte da ordem natural das coisas. É preciso, então, discutir profundamente se – e o quanto – elas fazem sentido. Em suma: não se pode aceitar essa especialidade por si mesma. (SUNDFELD, 2012, p. 41.)

Manter como suficiente uma conceituação que, ao fim, prescreve a categoria jurídica a partir de um juízo discricionário da Administração Pública significa arriscar-se a sucumbir o interesse público às conveniências dos administradores públicos e aos sabores dos governantes, que dela poderiam se utilizar como instrumento para afetar atividades impróprias como serviço público e, com isso, impor restrições à livre iniciativa. Perceba-se, neste sentido, que a conceituação elaborada por Hely Lopes Meirelles (1999, p. 297-298) não dá ênfase, por sequer registrar, a necessidade de que o Poder Legislativo discipline o que é ou não serviço público, conferindo esta decisão, ao menos em sua definição, à Administração Pública.

Sob a vigência de um direito administrativo mais autoritário, bastaria, para tanto, que se revestisse um processo administrativo (mais vertical, mais sigiloso, menos participativo) com justificativas recheadas de argumentos sobre a utilidade e a necessidade de determinado serviço

à coletividade – ou mesmo ao Estado. Problema: as conveniências, as necessidades e as essencialidades de um serviço são dados que compartilham do mesmo espectro de aferição, cuja observação é repleta de subjetividade.

Dáí então se exigir, no direito administrativo moderno, que as motivações sejam fundamentadamente legítimas, enraizadas na Constituição Federal, que expressem o dever de diligência do agente público, que se escorem em estudos técnico-científicos, em processos administrativos participativos, transparentes, representativos da vontade popular soberana, enfim, que representem a medida mais eficaz para o interesse público.

Enfim, dá-se destaque a uma síntese dos fatores que tornam a antiga conceituação de serviços públicos menos pertinente para representar a realidade do século XXI. Não é dizer que esses fatores encontravam-se absolutamente ausentes na antiga conceituação, mas, tão só, que a ênfase a eles conferida era muito inferior ao que hoje se compreende como adequado. Ou seja, é uma questão mais relacionada à percepção sobre os serviços públicos do que a uma suposta ruptura de regimes. Conforme: (i) *os serviços públicos indispensáveis à coletividade não são mais prestados em regime de exclusividade pelo Estado*, o que é fruto da passagem do Estado-prestador para o Estado-regulador; (ii) *o traslado do indivíduo para figurar como o sujeito central dos serviços públicos*, restando ao Estado o dever de lhe promovê-los, o que também gera flexibilidade entre os conceitos de serviços públicos e serviços de utilidade pública, por ocasião do paulatino reconhecimento de que *cada particular goza do seu direito às prestações materiais sociais, para que consiga materializar a sua própria dignidade*, o que significa que essas prestações podem requerer diferentes serviços para cada particular. Esses serviços prestacionais sociais, quando necessários para a sua dignidade, sempre serão indispensáveis e exigíveis do Estado, que estará obrigado a lhe propiciar os meios para que lhe sejam prestados; (iii) *a impropriedade de se diferenciar os serviços públicos e serviços de utilidade pública pelo critério da conveniência, essencialidade e necessidade*, tendo em vista que cada grupo social, cada indivíduo, em cada local e momento histórico percebem diferentemente as utilidades das prestações; (iv) *a consequente exigência de motivação legítima para a afetação de um serviço ao regime de direito público, que não pode atender às simples conveniências do Estado*, em razão da intervenção que representa à livre iniciativa (liberdade que constitui a regra), em contraposição à discricionariedade estatal pertinente ao século XX; (v) o volumoso rol de direitos fundamentais sociais cuja responsabilidade foi designada ao Estado

brasileiro, sobretudo após passados vinte e cinco anos de interpretação pró-cidadão da Constituição Federal de 1988, que aumentaram significativamente o escopo dos serviços públicos e hoje demandam *a retomada da prestação de forma compartilhada e flexível com os particulares, mesmo os serviços indispensáveis*, reduzindo-se a dedicação do conceito aos poderes de império e medidas compulsórias do Estado.

Acresça-se a isso que a concepção moderna de serviços públicos adotada na União Europeia, a qual Marçal Justen Filho (2003, p. 36-40) denomina por “*novo*” *serviço público*, tende a repudiar o monopólio do Estado para a sua prestação, admitindo-se tão somente nos casos em que a aplicação das regras da livre concorrência inviabilizam o desempenho de atividades de interesse geral.

Ou seja, há uma tendência em favor de que a prestação desses *serviços econômicos de interesse geral* possam ser executados diretamente pelos particulares interessados, qualificando-se o Estado, bem verdade, como um dos possíveis atores que podem assumir a sua prestação, ainda que esteja obrigado a promovê-la na falta de outros.

“O que se pretende é evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível.” (JUSTEN, 2003, p. 38). Essa prestação de serviços públicos em regime de competição, como destaca o autor, vem recebendo crescente atenção no Brasil, já se mostrando adequado defender que a ausência de exclusividade sobre os serviços públicos é a regra ora adotada. Percebe-se, assim, uma aproximação material ao critério do monopólio econômico natural.

De todo modo, verifica-se, em certa medida, que a atual realidade ainda comporta prerrogativas de poder mantidas pela simples tradição, conservadas das práticas administrativas do século XIX e XX. Embora essa autoridade excessiva represente ainda parcela do *ser* do direito administrativo brasileiro, não mais se aceita que seja o seu *dever ser*.

O objetivo não é negar que a classificação formal pelo Estado seja critério dos mais seguros para se aferir o regime jurídico de determinado serviço, sobretudo para a prática administrativa. A questão é exigir que a classificação formal seja compatível com os valores materiais que lhe suportam²⁶. O destaque é no sentido de que o importante é compreender

²⁶ É no sentido do que defende Marçal Justen Filho (2003, p. 46) ao registrar que “se não houver oferta de utilidades destinadas à satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana ou a finalidades

e reconhecer a retidão dessa classificação, pois, se se pretende planejar o futuro da Administração Pública – e este estudo versa, sobretudo, sobre planejamento –, então é necessário repensar o passado.

Quer-se, antes de se aceitar a classificação, indagar os seus pressupostos, tendo em vista que, da experiência, vê-se que a classificação como serviço público não confere, por si só, o benefício teorizado à coletividade, muito embora sempre represente uma mitigação das prerrogativas de livre iniciativa.

Como consequência, há, no século XXI, uma concepção bastante distinta do que representa o termo serviço público, não necessariamente remetendo o conceito à exclusão da iniciativa privada. É conveniente, pois, por exemplo, incluir do conceito antes apresentado, sem distinção relevante, tanto os serviços públicos propriamente ditos como os serviços de utilidade pública. Esta opção acaba com a necessidade de se impor exceções a alguns serviços públicos propriamente ditos (considerados como indispensabilíssimos à coletividade) que há tempos – e hoje ainda com maior vigor – são *efetivamente* prestados de forma compartilhada entre Estado e particulares, não restando sujeitos ao regime de direito público em medida equivalente aos demais serviços públicos propriamente ditos: os serviços de educação, de saúde, de previdência social e de assistência social, com o apoio dos artigos 194, 199, 205 e 209 da Constituição Federal²⁷.

Após a devida consideração, então, a conclusão é de que embora essa conceituação dos serviços públicos tenha emprestado juridicidade ao Estado-prestador e refletido a própria postura do direito administrativo do século XX, hoje revela-se demasiadamente descritiva de uma realidade

políticas essenciais, será *vedado* submeter as atividades referidas ao regime de serviço público.”.

²⁷ Constituição Federal

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...]

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. [...]

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

que se pretende e se demonstra diferente e, por isso, já não pode mais ser empregada, pois não reflete o direito administrativo do século XXI.

Apresenta-se, sem a pretensão de depurar o tema, como parâmetro um pouco mais aproximado do que se considera apropriado, sobretudo pelo aspecto formal que denota, a definição que averba Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 679):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Esta noção de serviço público é acompanhada por elementos materiais e formais. Em seu âmbito material, o serviço público deve representar uma prestação de utilidades ou comodidades destinadas aos particulares em geral, singularmente fruíveis, sobre o qual o Estado assumiu a responsabilidade por entendê-la como necessário ou conveniente. Isso envolve a verificação da existência de utilidade pública na natureza de sua prestação.

A utilidade pública de um serviço (incluindo-se nela as comodidades materiais) é um dos componentes – junto à escassez – que mediante a sua prestação representam a conferência de maior valor à coletividade. É, pela conceituação do autor, o requisito que confere legitimidade material à assunção de sua competência pelo Estado e à respectiva sujeição ao regime de direito público.

Para o autor, ainda, é necessário que os serviços possam ser singularmente fruíveis (*uti singuli*) (2011, p. 679). Os serviços individuais (*uti singuli*) são aqueles que têm usuários determinados e cuja utilização pode ser mensurável, cobrados por taxa ou tarifa, como a prestação de serviços de abastecimento de água e de energia elétrica domiciliar. Os serviços gerais (*uti universi*) são prestados a usuários indeterminados e, geralmente, são cobrados por impostos, como a iluminação pública e o calçamento (MEIRELLES, 1999, p. 300). Contudo, entende-se que a opção por considerar ambos na categoria de serviços públicos tornou-se mais adequada com o surgimento das parcerias público-privadas. Dilatando-o, o conceito passa a abranger também os serviços gerais prestados por meio das concessões administrativas, que, embora

envolvam a prestação direta ou indireta de serviços à Administração Pública, em última análise, quando prestados diretamente aos particulares, não deixam de subsidiar o exercício de um serviço público. Afinal, o fato de ser singularmente fruível nada tem que ver com a indispensabilidade do serviço ou com o seu monopólio econômico natural. Além disso, evita-se as imbricações existentes entre as classificações apresentadas, que tornam-se inúteis para o novo conceito, representando apenas uma particularidade do regime de prestação. Acresça-se, a final, que a boa hermenêutica do artigo 175 da Constituição Federal faz concluir que a existência de tarifa (o que justificaria a necessidade de fruição singular) não é intrínseca ao conceito de serviços públicos²⁸.

Em seu âmbito formal, tal conceito de serviço público remete à sujeição de sua prestação ao regime de direito público, assim definido no sistema normativo, e, por isso, acompanhado por todos os princípios regentes de direito administrativo, em especial, como complementa o autor, os três princípios clássicos que a doutrina francesa, irradiando sua influência para a brasileira, elenca como próprios dos serviços públicos: princípio da continuidade, princípio da mutabilidade e princípio da igualdade. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 682-684)

Esse critério formal é clássico e pode ser empregado de forma funcional para se classificar determinada atividade como serviço público. Para se aferir, sob o aspecto prático, se determinado serviço é considerado um serviço público, requer-se a verificação de sua sujeição às normas de regulação própria, às normas de direito público, regentes desta categoria de serviços, e da consequente atribuição ao Estado da titularidade para regulá-lo e executá-lo – mesmo que indiretamente. Por este ângulo, a classificação da atividade “[perante] o Direito será pública ou privada na exclusiva dependência do que houverem decidido a Constituição e a lei: portanto, unicamente em função do regime que a disciplina.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 89)²⁹.

²⁸ Dentre vários, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2011, p. 24-25)

²⁹ Esta concepção afasta por completo o *dever ser* dos serviços públicos. Leia-se o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 89): “Um serviço prestado pelo Estado não se torna público pelo fato de interessar a todos e estar em suas mãos, ou em mãos de pessoa sua, mas pela circunstância de se reger conformemente ao regime de Direito Administrativo, tanto que, se disciplinado pelas regras de Direito Privado – e o legislador é livre para assim decidir –, descaberá reputá-lo serviço público.”

Sob o aspecto funcional da classificação dos serviços públicos, há, bem verdade, até hoje, uma primazia pela caracterização formal do conceito, referindo-se, diretamente, aos ramos de atividades em que a livre iniciativa é afastada para ceder lugar ao Estado e aos ditames de direito público, tal como definiu Celso Antônio Bandeira de Mello.

É por isso que é comum se reconhecer o serviços públicos mediante a aferição de seu aspecto formal, ou seja, como aquele que foi assim considerado pela norma (o *ser* dos serviço público, no plano jurídico-dogmático). Estima-se, por sua vez, que o ordenamento deve tê-lo recebido em virtude de sua essencialidade que representa à coletividade (o *dever ser* do serviço público, no plano axiológico).

Para a *práxis* jurídica, portanto, que aplica o que é reconhecido como direito válido, considera-se como serviços públicos aqueles assim considerados pelo ordenamento. Tome-se, como exemplo disso, a definição trazida por Maurício Portugal Ribeiro (2011, p.3), que destaca o aspecto formal dos serviços públicos:

Serviços públicos são aquelas atividades econômicas que, por sua essencialidade para a coletividade, têm a responsabilidade pela sua prestação atribuída pela Constituição ou por Lei à Administração Pública, que pode escolher prestá-los por delegação à iniciativa privada.

Como explica Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 23), há uma histórica tensão entre a corrente *essencialista*, que busca definir o serviço público por sua essência – o *dever ser* jurídico –, e a corrente *formalista*, que define o serviço público pelo regime jurídico especial – o *ser* jurídico –, que os distingue das meras atividades econômicas em sentido estrito, sem buscar um critério intrínseco à natureza desses serviços. Conclui o autor, acertadamente, que o critério formal, para quem pretende aplicar o direito positivo, é mais adequado, pois permite avaliar, no mundo dos fatos, quais serviços efetivamente estão jungidos desse regime jurídico especial, o representa, enfim, o propósito dessa classificação³⁰.

Pois bem. No Brasil, o marco constitucional dos serviços públicos foi estabelecido pelo artigo 175 da Constituição Federal, que dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime

³⁰ Leia-se o comentário da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 91): “Ao jurisperito não interessam as realidades substanciais ou infraestruturais que determinaram, em nível pré-jurídico, a opção do legislador constituinte e ordinário, salvo como elemento auxiliar para entender o positivado.”

de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Desse dispositivo, que funda os serviços públicos na contemporaneidade, traduzem-se duas asserções: (i) os serviços públicos são estatais, alguma entidade pública sempre será sua titular e sempre estarão sujeitos ao regime de direito público. (SILVA, 2012, p. 721); (ii) a titularidade do serviço público não significa que o Estado tenha que prestá-lo diretamente; antes, está obrigado a discipliná-lo e a promovê-lo a prestação, o que pode ocorrer por terceiros por ele confiados (BANDEIRA DE MELLO, p. 689). Dessa última asserção é que se extrai o fundamento das concessões, como expressões da possibilidade de prestação de utilidades públicas, sobretudo dos serviços públicos, mas cuja titularidade remanesce sempre com o Estado.

Em obséquio aos serviços públicos, considerados sob a ótica funcional e, portanto, positiva, a Constituição Federal elencou e atribuiu a titularidade de alguns desses serviços aos entes federativos. Sem prejuízo, todavia, como bem destaca Marçal Justen Filho (2003, p. 44), que eventualmente possam ser prestados em regime ordinário, menos regulado, se for tal a opção mais coerente com o interesse público.

Por exemplo, os incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição Federal conferiram à União a competência privativa para a prestação de alguns serviços públicos, o que significa dizer que é a União quem deve prestar diretamente os serviços ou, indiretamente, mediante a sua delegação: (i) telecomunicações; (ii) radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (iii) serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (iv) navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; (v) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; (vi) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; (vii) portos marítimos, fluviais e lacustres.

O artigo 21 da Constituição Federal também conferiu a titularidade de serviços públicos à União cuja prestação é indelegável, como: (i) defesa nacional; (ii) serviço postal e correio aéreo nacional; (iii) emissão de moeda; (iv) organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal; (v) serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; (vi) defesa contra calamidades públicas; (vii) execução dos serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (viii) serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, em regime de monopólio

sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados.

Em outro exemplo, o artigo 30 da Constituição Federal indicou a competência municipal para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo.

Conquanto inexista um rol exaustivo dos serviços públicos, como bem destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 695), anote-se também a Lei Federal nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve e traz alguns exemplos que servem como parâmetro para a observação dos serviços públicos essenciais, cuja prestação não pode ser interrompida, ainda que a prestação não seja privativa do Estado³¹.

De mais a mais, nada obstante o *ser* dos serviços públicos – hoje funcionalmente considerados como aqueles sujeitos ao regime de direito público por força de lei, ou seja, por sua concepção formal –, é coerente anunciar, em direito administrativo afeito ao século XXI, que o *dever ser* dos serviços públicos deve representar as utilidades indispensáveis à dignidade da pessoa humana, diretriz máxima dos direitos fundamentais, da qual extrai-se, também, a busca pela efetivação das finalidades republicanas do Estado brasileiro. É o que se verá adiante.

³¹ Lei Federal nº 7.783/1989

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI - compensação bancária.

2.4 SÉCULO XXI: O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO É PAUTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E INVESTIDO DO PROPÓSITO DE PROVER EFICÁCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DEMOCRACIA

O direito administrativo do século XXI, regente das atividades concernentes ao Procedimento de Manifestação de Interesse, tem feições distintas daquele que vigorou nos séculos XIX e XX³². É um direito administrativo que *deve ser* mais democrático e mais eficaz como garante dos direitos fundamentais. Para tanto, requer-se a atenuação das tensões entre autoridade e liberdade, em abono da liberdade.

Os caminhos do direito administrativo do século XXI receberam adornos democráticos e o propósito maior de dignificar a pessoa humana. É o efeito de sua compulsória e paulatina aproximação à primeira Constituição Federal brasileira efetivamente fundada sobre um Estado Democrático de Direito. Sustenta-se, inclusive, que o direito administrativo deve se configurar como uma espécie de “direito constitucional concretizado” (BERCOVICI, 2010, p. 78).

A Constituição Federal impôs valores e princípios em grau superior na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, cuja observância é requisito material de validade para todas as demais normas de direito. Como ensina Luigi Ferrajoli (2012, p. 16-17), sob o aspecto formal do paradigma constitucional, a severidade com que o direito positivo se vincula às constituições aperfeiçoa, completa e integra todo o ordenamento. As normas constitucionais *sujeitam ao direito a própria produção do direito*. De sorte que os valores e princípios da Constituição Federal brasileira são, ao mesmo tempo, o *dever ser* de todo o direito e o *ser* desse mesmo direito. É o que o jurista italiano reconhece como *direito sobre o direito*, destinado a limitar o conteúdo das normas aos princípios constitucionais.

Disso se deduz não somente a integração como também o alargamento do direito administrativo brasileiro, restando toda a atuação do Estado – seja nas funções legislativa, jurisdicional ou administrativa – subordinada (limitada e vinculada) não apenas à lei propriamente dita, mas, primordialmente, ao conteúdo das normas constitucionais. Sendo a Constituição Federal a norma máxima do ordenamento, impõe-se a crítica

³² Muitos dos temas pertinentes a esse *novo* direito administrativo terão de ser enfrentados ao longo dos tópicos desse estudo. De todo modo, reputa-se oportuno apresentar, desde já, alguns de seus aspectos principais.

e a invalidade de todas as normas e atos administrativos que contrastem com o conteúdo constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 23).

O reconhecimento da Constituição Federal como a norma central e superior do ordenamento jurídico “representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade”. A supremacia constitucional “propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.” (BINENBOJM, 2008, p. 24). Leia-se o comentário de Gustavo Binenbojm (2008, p. 8):

Na tarefa de *desconstrução* dos velhos paradigmas e *proposição* de novos, a *tessitura constitucional* assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

Essa reconstrução institucional e estrutural do direito administrativo, em resposta aos efeitos valorativos constitucionais, enseja algumas rupturas de conceito e de espírito com o direito que vigorou nos séculos passados. E, há cinco lustros de ininterrupta hermenêutica constitucional, já se apuram alguns avanços em favor de uma maior harmonia do direito administrativo brasileiro aos valores prestigiados pela sociedade e consignados na Constituição Federal.

Essa maior aderência do direito administrativo aos preceitos encartados pela Constituição Federal prospera em processo vagaroso, mas incessante. É efeito de sua consagração democrática, que “obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias tradicionais do direito administrativo.” (BERCOVICI, 2010, p. 78).

O direito administrativo do século XXI é alimentado pela difusão de normas produzidas com a devida observância do texto constitucional, pelo conjunto de precedentes jurisprudenciais que lhe conformam, pela doutrina jurídica que lhe preenche os significados e pelo próprio costume da Administração Pública, que incorpora aos poucos a cidadania e a dignidade da pessoa humana como seus fundamentos. Se não, veja-se as suas principais tendências.

Em primeiro lugar, *concebe-se, como pressuposto da função administrativa, a eficácia vinculante dos direitos fundamentais à Administração Pública*, reforçada pelo parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal³³, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 369). Cuida-se de consectário do reconhecimento de que da Constituição Federal defluem “todos os poderes de que se vale o aparato estatal”, “que os legitima para o efeito de dar cumprimento a uma função relacionada com a consecução dos direitos fundamentais” (NIEBUHR, 2001, p. 49). Esses direitos fundamentais qualificam-se como expectativas normativas às quais correspondem deveres (FERRAJOLI, 2012, p. 26).

E a Administração Pública do século XXI, como entidade competente para a atuação concreta e positiva do Estado, verdadeira *gestora dos interesses coletivos* (NIEBUHR, 2001, p. 51), descobre-se gravada por deveres sociais fundamentais, exigíveis pelos particulares. De outro lado, com idêntica força vinculante, as prerrogativas conferidas à Administração Pública não podem afligir os direitos fundamentais concernentes à esfera negativa de atuação do Estado. Ou seja, a Administração Pública deve se render submissa aos *direitos de defesa* dos particulares, que demarcam uma *zona de não-intervenção* e uma *esfera de autonomia individual em face do poder estatal*. Justamente, pois, todas as suas diligências se prestam a ampliar as garantias e os direitos individuais (NIEBUHR, 2001, p. 52-53; SARLET, 2011, p. 46-47).

Em segundo lugar, como desdobramento preliminar, *a aplicação do direito administrativo não é mais interpretada a partir da noção de mera garantia ao interesse do Estado*, mas sim como “instrumento de garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos” (ARAGÃO, 2010, p.2-3).

Em outras palavras, a concepção contemporânea de toda a atividade administrativa, incluindo-se a prestação das utilidades públicas, precisa ser interpretada em combinação com os direitos fundamentais do homem. Disso se deduz que a Administração Pública deve ser reputada menos pelos poderes que carrega e mais pela função que exerce. É como leciona Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 22-23):

Desta maneira, em análise acurada, antes de exercer poder, quem atua em nome do Estado, cumpre uma função, já que a atividade dele se acha vinculada ao substrato material prescrito em sede

³³ Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

de direitos fundamentais. O poder deixa de ser exercido em proveito próprio e passa a sê-lo com vistas à Sociedade, tudo de conformidade com os direitos fundamentais.

Esta composição de conteúdos normativos constitucionais projeta aos particulares o direito fundamental à boa administração, sintetizado por Juarez Freitas (2009, p. 22) da seguinte forma:

[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios que a regem.

Sublinhe-se que, desde a promulgação da Constituição Federal, as interpretações do direito administrativo se inclinam assiduamente em favor dos direitos fundamentais. E vinculam eles às atividades da Administração Pública.

Em terceiro lugar, *o centro de gravidade do direito administrativo desloca-se em obséquio do direito constitucional*. Como consequência, *os dogmas do direito administrativo sofrem um processo de mutação estrutural e espiritual*. A supremacia do interesse público, a legalidade administrativa em sentido estrito, a intangibilidade do mérito administrativo e a hierarquia bem definida da estrutura da Administração Pública já não podem ser lidos destoados dos direitos fundamentais do homem e da materialização da democracia (BINENBOJM, 2008, p. 7). Por vezes, a mutação dos institutos de direito administrativo é meramente de espírito, já que muitas das estruturas administrativas ainda não receberam a devida reformulação após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vide, por exemplo, o fato de que a organização da estrutura administrativa da Administração Pública federal continua a ser disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200/1967.

O interesse público convola-se para os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, confundindo-se com eles e afastando-se por inteiro do arbítrio da Administração Pública, como outrora se fez ver nos séculos XIX e XX. A consagração dos direitos fundamentais e da democracia na qualidade de fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito fazem sucumbir a ideia

de um interesse público dicotômico e inconfundível com os interesses dos particulares (BINENBOJM, 2008, p. 7-9).

O dever de observância da legalidade estrita recebe toda a grandeza da Constituição Federal, que passa integrar o seu núcleo essencial. Como consequência, a Administração Pública tem o dever de executar as leis conformes aos direitos fundamentais e de forma consoante a Constituição Federal. Deve interpretá-las ao lume constitucional. “A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 369). E mais, reconhece-se como legítimo o poder normativo à Administração Pública, desde que em respeito primário à Constituição Federal e secundário às leis. Excepcionalmente, a Administração Pública pode regulamentar suas atividades propositadas a dar eficácia aos direitos fundamentais com escora direta na Constituição Federal, sem intermediação legislativa (BINENBOJM, 2008, p. 14-15).

O ato administrativo perde a sua autoridade autossuficiente e o seu mérito passa a ser externamente avaliado; a discricionariedade do agente público já não lhe permite optar livremente entre duas escolhas teoricamente possíveis, pois, antes, requer prova da avaliação e da escolha pelas melhores opções; a legitimidade da motivação dos atos administrativos enraíza-se à legitimidade material dos seus motivos; o processo administrativo conquista o posto central das atuações administrativas; e a formação legítima e participativa dos atos decisórios que repercutem em direitos fundamentais torna-se requisito material para a sua validade.

Em outras palavras: as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade. (FREITAS, 2009, p. 24)

Como ensina Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 302-303, 466), o protagonismo do ato administrativo no relacionamento dos particulares com a Administração Pública cede espaço à multilateralidade do processo administrativo. Há uma conversão radical da antiga instrumentalidade autoritária do ato administrativo, hoje empregado como mecanismo de concertação com os particulares. O que se persegue durante o curso de formação do ato administrativo decisório

é a aceitação e a colaboração dos particulares, num processo de legitimação do desempenho das tarefas administrativas. O ato administrativo decisório reduz-se a um resumo dos elementos constituídos no decurso do procedimento administrativo, donde se extrai toda a sua legitimidade.

A hierarquia bem definida da Administração Pública cede espaço a estruturas paralelas com relativa autonomia. Como exemplo principal, as agências reguladoras independentes (ou autoridades administrativas independentes), em forma de autarquias especiais, responsáveis por regular e fiscalizar determinados setores econômicos, cujos cargos diretivos são formados por agentes com mandato por período determinado, restando impossibilitada a exoneração *ad nutum*.

A publicidade de atos administrativos em Diários Oficiais revela-se insuficiente, demandando-se transparência ativa por meio de publicação ampla em meios de comunicação acessíveis e abertos, especialmente a rede mundial de computadores. Os atos administrativos relacionados com temas cujo impacto potencial é de grande repercussão sobre os direitos fundamentais da coletividade já não podem ser simplesmente publicados em mídias de pequena circulação. O direito administrativo do século XXI reclama o cultivo da transparência ativa, imperativo para que a publicação dos atos administrativos seja espontânea e amplamente empreendida pelos agentes públicos. Todas as informações públicas devem estar ao alcance de qualquer particular interessado³⁴.

Em quarto lugar, *o indivíduo perde a alcunha de “administrado”, passa a ser reconhecido em sua particularidade e como o sujeito central das prestações públicas.* São os particulares do novo século, que pouco a pouco tomam consciência do que representam os seus direitos fundamentais e prescrevem à Administração Pública o dever de tomar decisões e comprovar a sua forma legítima. Reclama-se dos atos administrativos a “conformação com a tábua axiológica da Constituição e seus objetivos fundamentais, especialmente os arrolados no art. 3º” (FREITAS, 2009, p. 20).

Em acréscimo, no tocante aos serviços públicos, como visto, a sua noção conceitual também sofre um traslado gravitacional. *Associa-se à conceituação de serviços públicos o valor máximo perseguido pela Administração Pública: a busca pela dignidade da pessoa humana.* Marçal Justen Filho (2003, p. 31) defende que “[s]omente se pode

³⁴ Sobre o tema, conferir o tópico 4.3 *O desafio de transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse*

qualificar como serviço público o fornecimento de utilidades essenciais à realização da dignidade da pessoa humana.”.

Assim sendo, *quem se destaca, e é razão para o tratamento diferenciado destinado aos serviços públicos, é o cidadão, usuário, tomador do serviços, consumidor, componente da coletividade; não o Estado*. O cidadão é o sujeito central dos serviços públicos e de todas as utilidades públicas. Veja-se, como exemplo disso, que a responsabilidade pelos danos causados pelos prestadores é objetiva do Estado, como está disposto no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal³⁵. O inciso X do artigo 6º e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor³⁶ também expressam a primazia do usuário, atribuindo, novamente, a responsabilidade objetiva ao prestador dos serviços públicos. É também o tratamento destinado pelo artigo 25 da Lei Federal nº 8.987/1995³⁷.

Em quinto lugar, na seara contratual, *a Administração Pública encontra-se obrigada a adaptar-se à opção constitucional pela livre iniciativa como preceito geral e pela intervenção no domínio econômico como exceção*, regra que se se extrai do artigo 170 da Constituição Federal³⁸ (SILVA, 2012, p. 720). É também decorrência do denominado

³⁵ Constituição Federal

Art. 37. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁶ Lei Federal nº 8.078/1990

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. [...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

³⁷ Lei Federal nº 8.987/1995

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

³⁸ Constituição Federal

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado deve respeitar os direitos individuais, reconhecendo que a iniciativa privada, seja por meio dos indivíduos, seja por meio de associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal. Junto com isso, “o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos” (DI PIETRO, 2002, p. 21).

Em sexto lugar, nada obstante a regra da livre iniciativa, *a Administração Pública remanesce com o dever de materializar os substanciais valores de cunho social cravados na ordem econômica brasileira*. Note-se que, em conjunto aos serviços públicos, a Constituição Federal também consagrou a valorização do trabalho humano como seu fundamento, declarou como seu princípio a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte brasileiras. Todos valores a serem observados no exercício da função administrativa.

Grosso modo, a Constituição Federal averbou a livre iniciativa como preceito geral e registrou ao Estado brasileiro a responsabilidade pela materialização e pela vigilância dos direitos fundamentais. Resultando, bem verdade, num regime de livre iniciativa bem temperado por deveres sociais do Estado, que lhe concedem amplos poderes regulatórios. Em dedicação à questão, José Afonso da Silva (2012, p. 721) aproxima a legitimidade da participação do Estado brasileiro no domínio econômico à condicionante da existência de ordem para assegurar existência digna aos particulares.

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Para que o Estado honre a competência a si atribuída para prestar os serviços públicos, torna-se imperioso que esse poder seja exercido satisfatoriamente (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204). É o poder-dever – ou dever-poder, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 71-72) – sem o qual o Estado não poderá corresponder a legitimidade material da outorga que a sociedade lhe concedeu; sem o qual se retroagiria a épocas em que o poder do Estado se justificava por si.

Em sétimo lugar, *demandase da Administração Pública uma postura ativa frente o desequilíbrio de posições de dignidade entre os particulares brasileiros*.

A Administração Pública deve envidar seus esforços em busca dos denominados direitos fundamentais a prestações sociais, que reconhecem aos indivíduos o direito de demandar do Estado que dê conta, direta ou indiretamente, de prover meios para as necessidades essenciais à vida digna. São os direitos comumente classificados como pertencentes à segunda dimensão dos direitos fundamentais, cujo objetivo de se assegurar é conceder aos indivíduos liberdade por intermédio do Estado, sem a qual não poderiam desfrutar do bem-estar social. É a busca pela transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2011, p. 47).

Em oitavo lugar, a eficácia vinculante dos direitos fundamentais à Administração Pública exige *práticas administrativas mais eficientes e, por isso, revestidas de colaboração e consensualidade com os particulares*.

As reconhecidas ineficiências do século XX, qualificadas pela tentativa de se promover diretamente as prestações relacionadas com as utilidades públicas são superadas pelo cultivo à consensualidade e à colaboração direta dos particulares, buscando-se a minimização dos riscos a que se sujeitam o seus parceiros contratuais. Dá-se primazia à prestação indireta das utilidades públicas e, para isso, requer-se da Administração Pública a condescendência com posições mais equilibradas, mais adequadas ao compartilhamento de interesses, menos imperativas e verticais. Exemplo disso é o reconhecimento de que a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos pode ser, e provavelmente será, no geral das vezes, mais eficiente para o garante dos direitos fundamentais e do interesse público (SCHIEFLER, 2011).

No direito administrativo do século XXI, *todas as interações econômicas entre o público e o privado devem ser transparentes e isonômicas*. Essa observação se deve ao pressuposto da inevitabilidade de aproximação contratual entre a Administração Pública e os particulares, em vista da notória incapacidade estatal para providenciar isoladamente

seus encargos, que, em razão disso, os materializa sob a forma de compartilhamento de interesses com os particulares. Exige-se, portanto, a *rígida sujeição às normas propositadas a defender a integridade dos recursos, dos direitos e das responsabilidades que a coletividade confiou à gerência pelo Estado*.

Por fim, em nono lugar, de par com tudo isso, os efeitos irradiados pela Constituição Federal determinam uma *conduta compatível da Administração Pública com o propósito de efetivar uma democracia participativa*, especialmente em torno das decisões que afetam os direitos fundamentais.

Como o centro de gravidade do direito administrativo é a Constituição Federal e, por sua vez, o desígnio constitucional é o atendimento dos direitos dos brasileiros pela via democrática, os particulares, soberanos, devem tomar partido direto nos rumos da Administração Pública. A complementariedade da democracia participativa (SANTOS, 2002, p. 75) justifica-se pela insuficiência do modelo de democracia representativa, que não é capaz de prover a transitividade das preferências individuais ao corpo social (ODIFREDDI, 2010, p. 164-165).

Anote-se, contudo, que essa democracia constitucional, mais participativa, se estabelece sobre uma base de direitos e garantias individuais inelimináveis³⁹. Não é aquela democracia repudiada por León Duguit (2009, p. 62) porquanto tendente à onipotência popular, em que, como declarou Immanuel Kant (2006, p. 70)⁴⁰, a vontade geral se contradiz consigo e com a liberdade.

É uma democracia representada pela soberania popular, mas limitada e vinculada aos direitos fundamentais. Esses direitos inalienáveis destacam-se como os limites mínimos que dão coerência à própria democracia, uma vez que, num sentido sobremaneira direto, confinam o risco de que a onipotência das massas proclame a ruína do que é direito de todos, sobretudo no âmbito das liberdades, cada qual individualmente

³⁹ Cf. parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

⁴⁰ Em 1795, Immanuel Kant (2006, p. 70) afirmou: “Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um despotismo, porque funda um poder executivo no que todos decidem sobre e, em todo caso, também contra um (quem, portanto, não dá o seu consentimento); com o que todos, sem ser todos, decidem. Isto é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade.”

considerado, o que é digno de ser conservado pelos humanos. É da lição de Luigi Ferrajoli (2012, p. 73):

São contra-poderes da democracia, os fragmentos de soberania popular em relação a todos e a cada um, em ausência dos quais a própria democracia, como as trágicas experiências do século XX nos ensinam, pode ser destruída pelas maiores contingências. (FERRAJOLI, 2012, p. 73).

A democracia buscada, portanto, não se reduz ao respeito incondicional das decisões da maioria (CADEMARTORI, 2008, p. 74), mas àquela que se “exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo” (BOBBIO, 1986, p. 20).

Como consecutivo ao dever de promover a democracia participativa, a própria estrutura de tomada de decisões da Administração Pública é flexibilizada, pois os processos de planejamento das suas atuações devem receber a participação dos particulares interessados. Exemplo disso é o próprio Procedimento de Manifestação de Interesse.

Dai se conclui a noção de *atenuação entre autoridade e liberdade no direito administrativo do século XXI*, em favor da liberdade, que é afeita aos princípios e valores constitucionais. Reconhece-se a atenuação dos poderes do Estado e se dá ênfase à soberania popular, mas limita-se essa aos direitos inalienáveis do indivíduo, que expressam justamente aquelas parcelas de liberdade que todos percebem em igual medida, que jamais foram renunciadas ao hipotético contrato social, pois irrenunciáveis.

Retira-se a Administração Pública da posição central do palco das autoridades, substituindo-se pelo cidadão soberano, posição compartilhada por todos os particulares. Tome-se, como prova de que o atendimento ao cidadão, nessa sua qualidade, é o que funda a legitimidade do Estado, o fato de que a eficácia vinculante à promoção dos direitos fundamentais atinge, inclusive, “as pessoas jurídicas de direito privado que, nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública” (SARLET, 2011, p. 369).

O direito administrativo do século XXI é inclinado a substituir precisamente esta antiga posição subsidiária dos cidadãos, que, “mesmo no regime democrático, não se consideram integrados ao Estado, não se apropriam da famosa frase de Luiz XIV ‘L’État c’est moi’, mas afirmam que ‘o Estado são eles’”. Demanda-se, portanto, a reinvenção do Estado, de modo a retirar-lhe a sua onipotência e a sua arrogância, que

não se coadunam com a democracia, e submeter-lhe à rígida observância dos valores constitucionais (WALD et al, 2004, p. 9-10).

É o bom tom da declaração de Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 7): “Cabe à sociedade clamar pelo atendimento de um interesse público, e não aos governantes ‘criarem’ interesses da sociedade para verem atendidos pela máquina estatal.”.

O próximo passo em favor da democracia é justamente aproximar os particulares dos processos de tomadas de decisão da Administração Pública. Reclama-se por mecanismos e órgãos de mediação entre a sociedade e o Estado, que concedam aos particulares a oportunidade para colaborar com a administração dos seus interesses (WALD et al, 2004, 10). A *cultura do diálogo público-privado*, neste cenário, recebe maior notoriedade, haja vista que o Estado “há de conformar suas ações em face das emanações da *diversidade social*.” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008, p. 25).

E o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser instituto de direito administrativo participativo harmônico com essas tendências, basta que, para tanto, seja regulamentado e interpretado em conformidade com o novo direito administrativo, o que se buscará apresentar ao longo do estudo.

Essas foram algumas das características do direito administrativo contemporâneo consideradas por bem destacar antes de dar seguimento a este capítulo introdutório. Muitas das demais observações que seriam pertinentes a este tópico encontram-se registradas ao longo do estudo, por ocasião das interpretações realizadas sobre o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse. Passa-se agora a apresentar algumas considerações sobre o instituto das concessões.

2.5. OS OBJETOS DE APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: AS CONCESSÕES COMUNS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Ainda a título introdutório, sem qualquer pretensão de conferir tratamento amplo ou aprofundado sobre o tema, reputa-se conveniente a exposição dos elementos que caracterizam o objeto em favor do qual é dedicado o Procedimento de Manifestação de Interesse: as concessões comuns e as parcerias público-privadas. É o que segue adiante.

2.5.1 A plurissignificação do termo “concessão” e a delimitação aplicável ao estudo.

A estruturação de projetos concessórios é tema específico contido e relacionado com a delegação de utilidades públicas, que envolvem, sobretudo, as concessões comuns e as parcerias público-privadas⁴¹.

Concessão é termo que pode referir-se a significados jurídicos bastante distintos⁴². Não há como extrair, pela leitura simples do vocábulo, aspecto comum do regime jurídico aplicável às suas diferentes espécies. É o esclarecimento de Fernando Vernalha Guimarães (2012a, p. 18):

Os diversos institutos que se definem pelo uso do termo *concessão* não apresentam (todos eles) uma zona comum de tratamento jurídico capaz de lhes atribuir uma significação técnico-jurídica precisa.

Apesar disso, é possível notar um conteúdo mínimo comum no emprego do termo “concessão”: *a constituição de um direito àquele a quem se destina a concessão*.

⁴¹ Sem prejuízo das demais formas de delegação de utilidades públicas, para além das concessões de serviços públicos, de obras públicas ou de serviços estatais estipuladas pelas concessões comuns e parcerias público-privadas, como as lembradas por Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2011, p. 23): “É certo que as hipóteses de parceria entre poder público e entes privados são muito mais amplas do que aquelas previstas na Lei nº 11.79/04. Nelas estão compreendidas as franquias de serviços públicos referidas na Lei nº 9.648/98; os arrendamentos portuários da Lei nº 8.630/93; as concessões de florestas tratadas na Lei nº 11.284/06; os contratos para preservação de bens do patrimônio histórico da União (Lei nº 9.636/98); e as próprias concessões ditas comuns regidas pela Lei nº 8.987/95.”

⁴² Como exemplo, as diferentes acepções que a Constituição Federal elenca para “concessão”: concessão de asilo político (inciso X do artigo 4º), concessão de benefícios previdenciários (artigo 40 e parágrafo 1º do artigo 201), concessão de anistia (inciso VIII do artigo 48 e parágrafo 11 do artigo 195), concessão de uso de bens (inciso XVII do artigo 49, parágrafo 1º do artigo 183, parágrafo 1º do artigo 188 e artigo 189), concessão de exequatur às cartas rogatórias (alínea “i” do inciso I do artigo 105), concessão de garantias creditícias (inciso VIII do artigo 52, inciso III do artigo 163 e inciso VII do artigo 167), concessão de incentivos fiscais (parágrafo 6º do artigo 150 e inciso I do artigo 151), concessão de empréstimos (X do artigo 167) e, finalmente, as concessões de serviços públicos (incisos X e XI do artigo 21, inciso XI do artigo 23, parágrafo 2º do artigo 25, inciso V do artigo 30, inciso XII do artigo 49, alínea “a” do inciso I do artigo 54, parágrafo 4º do artigo 174, artigos 175, 176, parágrafo 5º do artigo 202 e artigo 223).

Para fins didáticos, classificam-se, num primeiro gênero das concessões, os institutos em que o direito constituído pelo concessionário é derivado da esfera jurídica de quem o concedeu (direito de explorar tal obra ou serviço), num segundo gênero, esse direito é simplesmente constituído (direito à anistia, direito à asilo político), ou seja, trata-se de um direito novo, que não foi deslocado da esfera jurídica de quem o concedeu (GUIMARÃES, 2012a, p. 20).

Cabe, para a oportunidade, apresentar as concessões do primeiro gênero, que implicam o traslado de um direito entre diferentes esferas jurídicas. Mais especificamente, as concessões que assinalam transferência a um particular do direito de explorar uma atividade ou um ativo de titularidade do Estado, por prazo certo e determinado, por sua conta e risco, com a devida sujeição ao direito público (MARQUES NETO, 2004b, p. 116-117).

Imperioso alertar, contudo, que essa transferência não importa em *cessão de direitos*, pois os direitos constituídos pelo particular não são inteiramente reservados em face do próprio Estado; antes, remanescem como dele dependentes.

Pela concessão, transferem-se atividades de execução de alguns dos poderes-deveres inerentes à função estatal, mas sem que isso retire do Estado a titularidade sobre essas atividades. Costuma-se dizer que o que se delega é a gestão do serviço – um conjunto de meios materiais e jurídicos cuja finalidade é a sua correta e adequada prestação – mas não a sua titularidade. A concessão não enseja a renúncia do Estado sobre os serviços, apenas a delegação da sua prestação. Como consequência disso, o Estado continua sendo competente para disciplinar as condições de sua prestação e, eventualmente, se o interesse público o exigir, deverá retomar o objeto concedido, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para a vigência do contrato – sem prejuízo da devida indenização ao concessionário. Ainda, em favor do interesse público, poderá intervir nas atividades de prestação, fiscalizá-las ou mesmo modificar as suas regras unilateralmente, sem prejuízo, igualmente, da observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (GUIMARÃES, 2012a, p. 67-68; JUSTEN FILHO, 2003, p. 56-57).

Quando se falar em delegação, então, deve-se interpretá-la restritivamente, de forma a compreendê-la tão somente como relativa à prestação dos serviços públicos, e não de sua titularidade, que acumula funções indelegáveis, como o controle, a fiscalização e a regulamentação. Ainda sobre isso, anote-se que o controle e a fiscalização podem ser

compartilhados entre o Estado e a sociedade civil, mas nunca completamente delegados pelo Estado⁴³.

O regime jurídico aplicável às delegações das utilidades públicas é regulamentado sobre três principais espécies de concessão, as *concessões comuns*, as *concessões patrocinadas* e as *concessões administrativas*, as duas últimas conhecidas como *parcerias público-privadas*, todas as quais serão doravante apresentadas.

2.5.2 Concessões comuns

As concessões comuns são regulamentadas primariamente pela Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal. É de se destacar também a aplicabilidade a essas concessões da Lei Federal nº 9.074/1995, que estabelece normas para a outorga e prorrogações. Classificam-se ambas como leis que dispõem sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, válidas para todos os âmbitos da federação, cuja competência privativa é reconhecida à União, conforme o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal⁴⁴.

Embora a nomenclatura utilizada pela legislação refira-se a *serviços públicos*, em forma genérica, *o seu objeto inclui as concessões de bens e obras públicas*. Pode-se afirmar, então, que as concessões comuns envolvem a delegação para a exploração de alguma utilidade pública – bem ou serviço público.

A conclusão de que a Lei Federal nº 8.987/1995 abrange também as concessões de bens e obras públicas fundamenta-se no seu próprio inciso III do artigo 2º, que inclui a construção, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de qualquer *obra de interesse público*,

⁴³ Neste sentido, a lição permanente de Hely Lopes Meirelles (1999, p. 301):

“A *regulamentação e controle* do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários.”

⁴⁴ A competência privativa atribuída à União relacionada a normas gerais em matéria de licitações e contratos não obstaculiza a legislação sobre normas específicas, complementares, correlacionadas, por iniciativa dos Estados e dos municípios. Consequentemente, quando houver lei estadual ou municipal sobre o assunto, os diplomas normativos requererão aplicação conjunta para a modelagem da concessão. É bastante comum que a existência de legislação específica para regulamentar as parcerias público-privadas em âmbito estadual.

delegada pelo poder concedente, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado *mediante a exploração da obra* por prazo determinado. Embora a legislação tenha definido essa modalidade de concessão como *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*, é possível que o objeto principal dessa concessão seja constituído pelo próprio bem público a ser explorado – os serviços, então, qualificam-se como ancilares.

A respeito da distinção da natureza entre essas concessões, Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2004b, p. 117-118) comenta que a concessão de serviços públicos “pressupõe a outorga a um particular da exploração de uma dada atividade de relevância coletiva, definida como tal no ordenamento jurídico”, enquanto a concessão de bem público envolve “a outorga do uso privativo de um bem de titularidade pública (de uso comum, especial ou bem dominical)”⁴⁵.

Cabe apontar, no entanto, que não raramente as concessões de serviços públicos abrangem, de forma subjacente, a transferência de bens públicos inerentes à prestação das atividades, assim como as concessões de uso de bem público requerem do particular a prestação de algum serviço, como a conservação do bem.

A diferença, nesses casos, para os devidos efeitos, residirá na *subsidiariedade* desses componentes, ou seja, para se identificar a sua natureza será preciso detectar qual “a utilidade pública específica e predominantemente explorada no âmbito da concessão”. A importância dessa diferenciação classificatória, além de teórica, é o reconhecimento da maior abrangência do objeto das concessões comuns e, além de e junto com isso, o favorecimento de uma interpretação mais apurada do regime jurídico aplicável sobre alguma concessão específica, tendo em vista que existem variações jurídicas inerentes às diferentes espécies de concessão. Por exemplo, a conferência de maior liberdade ao concessionário de bem ou obra pública para explorar o seu potencial econômico agregado em

⁴⁵ O autor também explica a razão pela qual o artigo 175 da Constituição Federal faz referência direta às concessões de serviços públicos mas silencia a respeito das concessões de bens públicos (MARQUES NETO, 2004b, p. 118):

“Aliás, a razão de prescrição expressa no art. 175 para os serviços públicos se deve ao fato de que tais serviços são atividades econômicas em sentido amplo. Como o constituinte fez uma opção pela livre iniciativa, cabia-lhe apartar as atividades econômicas que seriam titularizadas pelo Estado. Já quanto aos bens públicos, isso não se faz necessário, pois a titularidade estatal já torna estes ativos res extra comercio.”

comparação com o concessionário de serviços públicos. (MARQUES NETO, 2004b, p. 118-123)

Registrada a maior abrangência do objeto das concessões comuns, sublinhe-se que é habitual referir-se a ele tão somente pelo termo *serviços públicos*, tendo em vista que foi esse o tratamento despendido pela legislação. Os comentários subsequentes, portanto, são aplicáveis também às concessões comuns cuja utilidade primordial é a exploração de bens e das obras públicos, ou seja, àquelas que não se qualificam como concessões de serviços públicos propriamente ditas.

Celso Antônio Bandeira de Mello define as concessões de serviços públicos pelo seguinte (2011, p. 709-710):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Dá-se destaque a quatro principais diferenças pontuais entre as concessões e os contratos administrativos regidos exclusivamente pela Lei Federal nº 8.666/1993: (i) a transferência da responsabilidade pela captação dos recursos financeiros necessários à prestação da utilidade pública ao particular (inciso VIII do artigo 31 da Lei Federal nº 8.987/1995 *vis-à-vis* parágrafo 3º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/1993); (ii) o prazo máximo de vigência das concessões, que são mais amplos e não seguem a regra do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/1993; (iii) a permissão para que os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, básico e executivo, que dão origem à licitação pública com vistas à concessão, também participem do certame (artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995 *vis-à-vis* incisos I e II do artigo 9º) – esta última diferença, aliás, é aspecto que dá suporte ao emprego do Procedimento de Manifestação de Interesse, uma vez que *os participantes do procedimento para a elaboração dos estudos e projetos com vistas à concessão não estarão impedidos de participar da licitação pública*, tema que será oportunamente comentado.

Sob a perspectiva da Administração Pública, os contratos administrativos tradicionais exigem a disponibilidade imediata dos recursos. O pagamento se dá imediatamente. Por exemplo, nos contratos

de obras públicas, o pagamento será de acordo com as medições. Nas concessões, por outro lado, o pagamento é vinculado ao desempenho. E, como as concessões envolvem investimentos de grande vulto, requer-se um prazo suficiente para a sua amortização, peculiaridade ausente nos contratos administrativos comuns. (VILLELA SOUTO, 2005, p. 31)

As concessões comuns tradicionais são *autossustentáveis*: os investimentos realizados pelos particulares são amortizados pelas rendas auferidas com o próprio empreendimento, sem a necessidade de que a Administração Pública complemente a remuneração do concessionário. Dessa sorte, as concessões comuns retiram do Estado o ônus de arcar com os investimentos e, ao mesmo tempo, asseguram à coletividade a prestação de um serviço indispensável. Anote-se, contudo, que o artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995 estabelece que a depender das peculiaridades do objeto da concessão, o poder concedente poderá prever outras fontes de renda em favor do concessionário, o que inclui a possibilidade de assumir a responsabilidade por complementar a sua remuneração. O pagamento de contraprestação por parte da Administração Pública em concessão comum, embora possível, é admitido como excepcional.

Na modalidade de concessão comum, o concessionário realiza os investimentos e explora o serviço por sua conta e risco, por determinado período, sendo remunerado com a receita que advém da exploração, planejada para assegurar a amortização e a obtenção dos lucros, conforme as condições avençadas em contrato entabulado com o poder concedente.

Daí que a sua remuneração está condicionada ao resultado da prestação e, por conseguinte, o risco do empreendimento é transferido do titular do serviço público para o concessionário.

Nada obstante, *o risco assumido pelo concessionário não é integral*, por um motivo principal: a responsabilidade do concessionário restringe-se aos riscos assumidos no contrato, não incluindo riscos extraordinários e extracontratuais.

É que a execução do contrato de concessão está condicionada à *manutenção das condições efetivas da proposta*⁴⁶. Isso significa que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser restabelecido ao que foi pactuado inicialmente por ocasião da superveniência de álea econômica extraordinária e extracontratual.

Veja-se que os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 9º da Lei Federal nº 8.987/95 asseguram a possibilidade de previsão contratual a respeito de

⁴⁶ Cf. inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

mecanismos de revisão de tarifas, a fim de resguardar o equilíbrio econômico-financeiro. Os dispositivos estabelecem a revisão de tarifas, para mais ou para menos, em caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais (com exceção de impostos sobre a renda) e em caso de alteração unilateral do contrato afetem o equilíbrio econômico-financeiro.

Entende-se que *se atendidas as condições estipuladas no contrato, estará mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro*. Do contrário, em caso de superveniência de uma situação fática em que haja o desequilíbrio econômico-financeiro da avença, exigir-se-á a revisão extraordinária do contrato⁴⁷.

O direito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro cumpre três finalidades essenciais: (i) desencorajar eventuais alterações contratuais oportunistas promovidas pelos governantes, afiançando ao concessionário o direito de existir qualquer compensação pelas alterações unilaterais; (ii) manter estável e preservar o âmago do contrato, assegurando um ambiente propício ao cumprimento das obrigações em consonância com a alocação dos riscos estabelecida entre as partes; e (iii) conferir segurança e liberdade para que sejam efetuadas alteração no objeto contratual em vistas à adequá-lo às mudanças que serão requeridas em virtude da passagem do tempo. (RIBEIRO, 2011, p. 105)

Como bem aponta Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 102-103), o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não significa a estabilização completa do “conjunto de benefícios e ônus, receitas e custos, do contrato administrativo”.

É da natureza das concessões que os contratos incluem a atribuição de riscos. Dessa sorte, a incapacidade de gerenciamento de riscos não pode dar ensejo à revisão extraordinária do contrato, pois é ônus que deve ser absorvido pela parte a qual se responsabilizou pelo risco. Os benefícios e ônus, receitas e custos distribuídos pelo contrato não são estáveis e fixos, pelo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve levar em conta essa maleabilidade ordinária ao pactuado. Não se trata, portanto, de uma equação matemática direta, que concederia o direito de aumentar a tarifa acaso se aumentassem os custos, ou vice-versa.

Em vista disso, o autor (RIBEIRO, 2011, p. 102-103) comenta que a representação mais adequada da equação econômico-financeira se dá com a *relação entre o serviço a ser prestado, a matriz de riscos e a*

⁴⁷ Cf. artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/1995.

remuneração prevista no contrato, e não pela simples relação entre os encargos e os benefícios contratuais. Os riscos assumidos pelo concessionário, acaso concretizados, na proporção prevista, não ensejam a revisão contratual extraordinária. Daí dizer que a relação que é estabilizada com a entrega da proposta e que deve ser preservada ao longo do contrato deve incluir a alocação dos riscos e a remuneração prevista para a assunção desses riscos. E, conseqüentemente, disso também resulta o entendimento de que *não poderá haver a alteração da alocação de riscos originalmente prevista no contrato durante os processos de reequilíbrio econômico-financeiro*. (RIBEIRO, 2011, p. 102-103)

A importância dessas peculiaridades é a alta probabilidade de que ao longo da vigência contratual requeira-se a revisão extraordinária do equilíbrio econômico-financeiro. Como são situações extraordinárias e extracontratuais, há uma indeterminação natural a respeito de qual será a solução a reequilibrar o contrato. E, nesse momento, será necessário compor uma solução pautada pelas relações de boa-fé e, no que for possível, pelas previsões do próprio contrato, sobretudo em análise da alocação dos riscos. Leia-se o comentário de Egon Bockmann Moreira (2010, p. 389):

O tempo é implacável e inclemente: não há dúvida de que produzirá efeitos (basta pensar na evolução tecnológica e nas novas demandas sociais). Então, qual seria a referência para se reconquistar o equilíbrio depois da instabilidade? Entra em cena aquilo que a lei denominou “condições do contrato”: a boa-fé objetiva e a confiança recíproca, o seu estatuto, a sua natureza e respectivas qualidades.

A questão é pertinente às concessões comum – e não somente às parcerias público-privadas – sobretudo porque embora a legislação preveja que o concessionário empreenderá o objeto concessório por sua conta e *risco*, esse *risco* não é o mesmo risco do empreendedor comum que exerce uma atividade econômica em sentido estrito, privada. É um risco temperado pelo direito público.

Assim, ainda que nas concessões comuns o concessionário assuma maiores riscos que nas parcerias público-privadas, esses riscos são e devem ser limitados, “o que significa a existência de uma margem insuprimível de intervenção estatal para conformar não apenas o serviço mas também prevenir e limitar a probabilidade de insucesso” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 333).

Dessa sorte, o mais adequado é que, também nas concessões comuns, exista uma alocação bem definida de quais riscos estão sendo assumidos pelo concessionário, para que eventuais riscos alheios a essa alocação possam ensejar a revisão extraordinária de suas cláusulas, tendente a manter as condições efetivas da proposta. Justamente pela sujeição do concessionário aos estritos riscos do contrato é que a legislação estabeleceu que enquanto as condições contratuais forem cumpridas, entende-se que o equilíbrio econômico-financeiro está mantido.

Como a manutenção do contrato deve respeitar a alocação dos riscos, não há fundamento, por exemplo, para se vincular a taxa interna de retorno do concessionário sobre o projeto, apresentada em sua proposta de licitação pública, como parâmetro para aferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É que como a taxa interna de retorno considera os custos efetivos dos riscos por ele suportados, a sua consideração para o equilíbrio econômico-financeiro resultaria numa completa inutilidade do sistema de alocação dos riscos – todos os riscos seriam sempre cobertos pelo equilíbrio-econômico financeiro. É como leciona Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 104):

A garantia de taxa interna de retorno do parceiro privado torna a distribuição de riscos vã. É que mesmo que o parceiro privado seja pouco eficiente no gerenciamento dos riscos que lhe forem atribuídos, gerando, por exemplo, aumentos de custos de prestação do serviço, ele terá preservado um determinado nível de retorno no seu investimento, apesar da sua ineficiência.

Como a manutenção do contrato deve respeitar a alocação dos riscos e, conforme o artigo 8º da Lei Federal nº 8.987/1995, a tarifa deve ser fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação pública e preservada pelas regras de revisão previstas no edital, no contrato e na lei, o mero aumento de custos para o concessionário não implica imediato aumento da tarifa, pois vige o preço da tarifa não é vinculado ao regime de custo do serviço, mas ao preço estabelecido na proposta. (RIBEIRO, 2011, p. 100-101)

Pois bem. Toda esta regulamentação das concessões é pensada com o propósito de se atingir o objetivo primário da Administração Pública com essas delegações: a prestação adequada do serviço aos usuários (MOREIRA, 2010, 391).

Consoante a legislação, o serviço adequado é aquele que atende às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas⁴⁸. Note-se, todavia, que *serviço adequado* é, bem verdade, conceito indeterminado⁴⁹, que “deriva do reconhecimento da impossibilidade de formular, antecipadamente, e no corpo da lei, a solução completa para certas situações”, mas vincula o aplicador à observância de conceitos “cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 302-303).

Os critérios para o serviço adequado é aspecto, por exemplo, que deve ser pensado pelos particulares que participam do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois deve ser definido em cada caso concreto. Esses critérios que definirão a adequação do serviço, portanto, serão consignados em contrato e, na medida do que for possível, devem representar os parâmetros vocacionados à prestação adequada dos serviços prestados pelo concessionário.

Demais disso, registre-se que a modalidade de concorrência é obrigatória para as licitações públicas que visam a originar contratos concessórios, conforme previsto nos incisos II e III do artigo 2º da Lei Federal nº 8.987/1995. Como ensina Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 188), a modalidade de concorrência é considerada como a modalidade padrão de licitação pública, “que preserva com maiores rigores o interesse público, em virtude do que é destinada aos contratos mais complexos e mais importantes, de acordo com a avaliação do legislador”.

Anote-se também que, ao contrário das parcerias público-privadas, não há na legislação limitações de prazo ou de valores para as concessões comuns.

É adequado destacar que a mutabilidade dos contatos de concessão é característica intrínseca à sua natureza. Isso ocorre porque a natureza das prestações assumidas pelo concessionário tem vínculo direto com a própria utilidade pública a ser empreendida, que, por sua vez, relaciona-se com o atendimento de necessidades coletivas essenciais. Pode-se dizer que a obrigação de prestar um serviço adequado exige do concessionário uma adequação constante e permanente de seus métodos. Muito dessa

⁴⁸ Cf. parágrafo 1º do artigo 6º da Lei Federal nº 8.987/1995.

⁴⁹ “Note-se que a locução conceitos indeterminados pressupõe existir algum conceito que, conquanto não seja preciso, definido, determinado, pode ser construído ou delimitado, mesmo que em linhas gerais, para servir de baliza aos agentes administrativos e jurídicos.” (NIEBUHR, 2011, p. 191)

mutabilidade deve-se à celeridade com que tecnologia evolui. Os desdobramentos futuros da tecnologia necessária ao atendimento daquela determinada utilidade pública são impossíveis de se antecipar, o que torna dificultosa a definição exata e apriorística dos deveres específicos do concessionário (JUSTEN FILHO, 2003, p. 75-76).

Por isso dizer que as obrigações do concessionário estão mais vinculadas aos fins que aos meios empreendidos. Essa dificuldade de se antecipar os meios adequados e suficientes para satisfazer determinada necessidade pública é peculiaridade mais recente das concessões, a qual o direito administrativo teve de se amoldar.

A complexidade típica das concessões modernas, resultantes especialmente dos progressos incalculáveis da tecnologia, é justamente um dos motivos que fomentam o emprego do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois, como bem observou Marçal Justen Filho (2003, p. 76), antes disso, “o próprio planejamento da outorga era mais simples.”.

Sem o intuito de adiantar o tema, o Procedimento de Manifestação de Interesse se traduz num meio para que esse planejamento se dê em compartilhamento de interesses entre a Administração Pública e os particulares interessados na concessão, em momento anterior ao contrato, o que antecipa muitas das vantagens do diálogo que, teoricamente, somente seria iniciado após a conclusão da licitação pública. É na esteira do comentário preciso da lavra de Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald (2004, p. 49):

Ademais, o gigantismo de algumas das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender o interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio e detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrer, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem.

Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes, e não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor.

Corolário desse cenário de inevitável aproximação de interesses entre a Administração Pública e os particulares é a incessante demanda por uma relação de confiança e lealdade entre o concessionário e a Administração Pública.

É o que se reclama desses contratos longos, em que não há como prever e prognosticar exatamente o que deve ser feito, embora seja possível compartilhar as finalidades e as expectativas mútuas de conduta perante o contrato. Chega-se a cogitar de uma *affectio contractus* como inerente aos contratos de parceria, como se qualifica a concessão comum. (WALD et al, 2004, p. 37)

Essa é uma dissimilitude importante entre as concessões e os contratos administrativos comuns, o espírito da relação entre os contratantes: as concessões devem ser interpretadas muito mais como parcerias (compartilhamento de interesses) do que como contratos (contraposição de interesses); mais como meio de cooperação e de colaboração de propósitos que como instrumento de oposição de vontades. É como também indica Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 30):

A parceria envolve uma reflexão sobre o compromisso da Administração com o sucesso do contratado. Afasta-se o dogma dos *interesses opostos* para a idéia de solidariedade e de colaboração para o sucesso, traduzia sob a forma de *boa-fé objetiva*, que representa atendimento dos princípios da moralidade e da segurança jurídica.

Outro desdobramento dessa dificuldade de se engendrar os meios para as finalidades pretendidas é que as obrigações a serem definidas para o concessionário no contrato não são obrigações de investimento, mas obrigações de desempenho. Isso quer dizer que as definições das obrigações e das metas a serem atingidos pelo concessionário devem ser traduzidos em objetivos de qualidade e de quantidade do serviço, e não em quantidade de investimento. Esses objetivos qualitativos do serviço – no qual se inclui a quantidade/expansão/universalidade de serviços prestados – é que representarão o método de aferição da adequação dos serviços e, por isso, recomenda-se, devem ser monitorados periodicamente e vinculadas ao contrato. Inclusive, o descumprimento grave dos critérios qualitativos do serviço deve ensejar a caducidade da

concessão⁵⁰. No caso de contraprestação do poder concedente – o que é natural das parcerias público-privadas –, o cumprimento de metas qualitativas pode ser condicionante para se adquirir o direito ao pagamento (RIBEIRO, 2011, p. 75).

Não é dizer que é vedada a estipulação de obrigações de meio, denominadas por *obrigações de investimento* – como a determinação para que uma obra seja construída ou que um equipamento deva ser instalado –, mas é preferível, sempre que possível, que as obrigações reflitam indicadores de qualidade e de quantidade dos serviços. A opção se coaduna com a constatação anterior de que há uma notória dificuldade, quicá, impossibilidade, de se prever quais serão os meios, os insumos, a metodologia e a tecnologia para a prestação adequada dos serviços⁵¹. (RIBEIRO, 2011, p. 75)

Por efeito dessa preferência por obrigações de desempenho (finalísticas) em vez de obrigações de investimento (meios), há outra dessemelhança notável entre o regime jurídico aplicável às concessões e aos contratos administrativos comuns: a desnecessidade do projeto básico para as licitações públicas com vistas às concessões.

Nas concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública, contudo, o inciso XV do artigo 18 da Lei Federal nº 8.987/1995 determina que o edital seja acompanhado de *elementos do projeto básico*. Como comenta Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 41), *elementos de projeto básico* “é bem menos do que o projeto básico da obra.”

Adotando como base a redação do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/1993, extrai-se que o que deve ser considerado como *projeto básico* para as licitações públicas comuns é o “conjunto de elementos necessários e suficiente, com nível de precisão

⁵⁰ Cf. parágrafo 1º do artigo 38 da Lei Federal nº 8.987/1995.

⁵¹ Em virtude disso também, os contratos concessórios envolvem todas as atividades necessárias para o desempenho daquela determinada utilidade pública, diferentemente dos contratos regidos sob a Lei Federal nº 8.666/1993. Leia-se o comentário de Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 3): “Tais atividades, por intermédio do contrato de concessão, são tratadas de modo integral e não mais de modo segmentado (em oposição ao que é feito quando o poder público recorre ao contrato de empreitada, previsto na lei de licitações). Esta é uma das características das concessões, também chamadas aqui de parcerias público-privadas (PPPs) em sentido amplo, que tendem a torná-las instrumentos eficientes ao dispor do poder público para a atração de investimentos privados em setores de interesse público.”

adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação”. Ou seja, requer-se um projeto de caracterização completa das obras e serviços a serem executados, incluindo-se o orçamento detalhado das obras, a identificação dos tipos de serviços, dos equipamentos e dos materiais a serem empregados.

Esta caracterização detalhada, então, não é pertinente ao regime das concessões, para as quais resta suficiente “definir claramente os indicadores de desempenho que o concessionário ou parceiro privado deverá cumprir na operação do serviço” e “estimar – com margem de erro cuja dimensão deve ser estabelecida setor a setor, em vista dos custos para a realização dos projetos – os custos de investimentos e operacionais ao longo de todo o contrato”. Para tanto, deve tomar como referência “a tecnologia, materiais, equipamentos e a forma de implantação que pareça à equipe técnica a mais eficiente”. O nível de detalhamento e o nível de vinculação do documento é flexível a cada licitação pública, o que deve ser estabelecido pela Administração Pública quando da modelagem da estruturação final do projeto concessório. É possível, por exemplo, que os elementos do projeto básico sejam meramente indicativos – o que é recomendado para propiciar ao concessionário gerar ganhos de eficiência e resguardar a Administração Pública dos riscos concernentes à vinculação do projeto, pois o seu conteúdo pode eventualmente conter determinações inadequadas à realidade específica do empreendimento (RIBEIRO, 2011, p. 41).

Todo o conjunto de características apresentado neste tópico é próprio do moderno tratamento jurídico do instituto das concessões, que se estendem, no que não houver disposição contrária, também às parcerias público-privadas, às quais o próximo item é dedicado.

2.5.3 Parcerias público-privadas (PPPs): a concessão patrocinada e a concessão administrativa

2.5.3.1 Considerações gerais sobre as parcerias público-privadas

É sabido que as parcerias público-privadas não se referem tão somente às delegações de utilidades públicas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012b, p.24) há tempos já leciona que as parcerias são “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.”. Parcerias público-privadas, nesse sentido genérico,

podem ser meios de fomento à iniciativa privada de interesse público (como os convênios), instrumentos de desburocratização da Administração Pública (como os contratos de gestão), meios de delegação de utilidades públicas (como as concessões), ou mesmo formas de cooperação comum (como os contratos de prestação de serviços, obras ou fornecimentos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993).

Para o presente estudo, interessa as parcerias público-privadas propriamente ditas. Será preciso delimitar a espécie do gênero das parcerias, portanto.

Em que pese ser possível promover procedimentos administrativos preparatórios para se estruturar, em conjunto com os particulares, quaisquer dessas parcerias, como se detalhará mais adiante, o Procedimento de Manifestação de Interesse em sua forma clássica é dedicado às concessões comuns e às parcerias público-privadas propriamente ditas, que envolvem a delegação de utilidades públicas por concessão⁵².

As parcerias público-privadas propriamente ditas – as quais serão doravante referenciadas tão somente como *parcerias público-privadas* –, espécie do gênero das parcerias, desdobram-se em duas subespécies: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, regulamentadas em âmbito federal pela Lei Federal nº 11.079/2004.

O surgimento das parcerias público-privadas, sob o aspecto econômico, pode ser compreendido a partir da crise fiscal da década de 1980, que levou o Estado brasileiro à incapacidade de financiamento de suas atividades e, com isso, à desestatização⁵³ (ARAGÃO, 2011, p. 31). É assunto que se viu anteriormente, mas que vale a retomada.

⁵² Anote-se, desde já, contudo, que nada impede que a Administração Pública se valha do próprio Procedimento de Manifestação de Interesse e de sua regulamentação como modelo para dar forma a esses procedimentos administrativos preparatórios em busca de estudos e projetos para estruturar outras formas de parcerias, ressaltando-se, como será detalhado mais adiante, que o direito de ressarcimento pelos estudos elaborados e empregados na licitação pública é típico da estruturação de concessões e não poderá ser estendido a esses outros procedimentos.

⁵³ Foi justamente esta diminuta capacidade de endividamento um dos motivos principais que levaram ao Programa Nacional de Desestatização. Leia-se a parte final do inciso II do artigo 1º da Lei Federal nº 9.491/1997: “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: [...]

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;”

Após o auge da desestatização, com a venda de ativos de mais de uma centena de empresas estatais (GIAMBIAGI e PINHEIRO, 2000, p. 35), havida com maior ênfase na década de 1990, o Estado brasileiro ainda não se encontrava suficientemente leve e com recursos que lhe permitissem financiar as atividades insuscetíveis de exploração pela iniciativa privada.

Essas atividades eram aquelas sob a responsabilidade do Estado que não geravam receita tarifária suficiente para uma concessão comum. Por exemplo, a construção de rodovias para o desenvolvimento de regiões mais pobres, com demanda insuficiente para que o pedágio cobrisse os investimentos, ou a construção de presídios e de escolas públicas, que não geram receita dos usuários (ARAGÃO, 2011, p. 32).

Considerando-se os inúmeros deveres sociais outorgados ao Estado pela Constituição Federal de 1988 e, em conjunto, a sua incapacidade de endividamento (e, com isso, de financiamento das obras), procurou-se encontrar alternativa para driblar a impossibilidade de se investir em projetos de infraestrutura e de prestação dos serviços públicos.

A lógica econômica, sob a perspectiva do Estado, a respeito das obras de infraestrutura, é que sem se investir nelas, a economia brasileira não crescerá e, por via de consequência, o Estado também não conseguirá sair de sua crise fiscal (ARAGÃO, 2011, p. 32).

Como os investimentos tinham de ser repassados aos particulares, como outrora se fez (ALZUGARAY, 1998, p. 14), mas não havia atratividade suficiente para as obras e os serviços que não eram autossustentáveis, buscou-se uma saída intermediária, as parcerias público-privadas.

Nas parcerias público-privadas o particular se responsabiliza pelo financiamento da obra de infraestrutura ou do serviço público e o Estado brasileiro o remunera, a longo prazo, na justa medida para tornar a concessão autossustentável. Leia-se o comentário de Alexandre dos Santos Aragão (2011, p. 32):

A conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, ser assim sintetizada: 1. Gargalos de infraestrutura impeditivos do crescimento e consequente melhora da situação fiscal do Estado; 2. Existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho.

Assim, adicionaram-se ao ordenamento duas novas modalidades de concessão, em que a Administração Pública se responsabiliza pela contraprestação do concessionário, em acréscimo ou em substituição às tarifas pagas pelos usuários. Ou seja, os recebíveis dos concessionários têm origem exclusiva ou complementar na própria Administração Pública, fato que sustenta o modelo de negócios para que o particular invista, em curto prazo, o montante necessário para financiar a utilidade pública e, em longo prazo, recupere o investimento. Essas novas modalidades de concessão permitiram que fossem delegados serviços indivisíveis (não fruíveis particularmente e, portanto, sem possibilidade de financiamento por intermédio de tarifa) ou cuja demanda era insuficiente para cobrir a totalidade dos investimentos em tempo adequado.

Em decurso dessa conjuntura, há uma grande expectativa a respeito dos projetos de parcerias público-privadas. Estima-se que a solução efetivamente será capaz de cumprir com o propósito de materializar os investimentos pretendidos para as obras de infraestrutura e para a prestação dos serviços públicos. Por isso dizer que as concessões estão na ordem do dia, pois as atenções políticas e jurídicas se voltam ao instituto⁵⁴.

Como era de se presumir, as parcerias público-privadas foram criadas a partir do regime jurídico das concessões comuns, razão pela qual as três modalidades de concessão guardam inúmeras simetrias de tratamento.

A Lei Federal nº 11.079/2004 estabelece-se de forma complementar à Lei Federal nº 8.987/1995, remetendo em diversas aspectos o regime jurídico das concessões patrocinadas e concessões administrativas ao regulamento das concessões comuns. A respeito dessa semelhança e proximidade, o registro de Fernando Vernalha Guimarães (2012a, p. 24):

⁵⁴ Neste sentido: “Uma das justificativas para tal circunstância é o fato de que as PPPs estão sendo analisadas com crescente interesse pelo setor público, como modalidade de contratação para construção e operação de relevantes projetos de infraestrutura, em diferentes setores, como saneamento básico, mobilidade urbana, saúde, estádios/arenas, entre outros. No âmbito federal, já foi anunciado que as PPPs terão algum papel no setor ferroviário e a imprensa repercute a possibilidade de que as PPPs também sejam utilizadas em outros setores de competência da União, como rodovias, portos e aeroportos.” (PEREIRA et al, 2012, p. 5)

Alcança-se, neste trabalho de depuração taxonômica das concessões, uma classe-gênero que se poderia denominar *concessão* como *contrato de colaboração*. E, a partir do advento da Lei n. 11.079/2004, ao introduzirem-se as figuras da concessão patrocinada e da concessão administrativa, adotando para sua disciplina o modelo-base das concessões de serviços públicos, delimitou-se uma classe-gênero das concessões, a qual passou a abrigar três espécies: 1) a concessão (comum) de serviços públicos; 2) a concessão patrocinada, 3) a concessão administrativa.

Por efeito dessa adjacência entre os regimes jurídicos das concessões, os comentários aduzidos no item anterior, em referência às concessões comuns, a propósito das peculiaridades da composição do equilíbrio econômico-financeiro, da mutabilidade do contrato de concessão e das obrigações de desempenho dos concessionários, são integralmente válidos também para as parcerias público-privadas.

Uma das consequências mais notáveis a partir da introdução das parcerias público-privadas no ordenamento foi a conferência de maior segurança jurídica em relação à relativização do objeto das concessões comuns, albergando expressamente a aplicação sobre objeto que não se qualifica como serviço público. Com isso, atualmente não se requer do objeto das concessões, em quaisquer das modalidades, a sua qualificação como serviço público propriamente dito, restando possível aplicar a técnica concessória a atividades desprovidas de seus característicos jurídicos, sendo essa, inclusive, uma das razões pelas quais se adotou o termo *utilidades públicas* de forma preferencial no presente estudo (GUIMARÃES, 2012a, p. 136-137).

Em igual medida, da inserção das parcerias público-privadas resultou a garantia de um modelo apropriado para a repartição objetiva dos riscos do empreendimento entre a Administração Pública e o concessionário, em formato antes incompatível com a expressão “por conta e risco” das concessões comuns.

Além disso, as parcerias público-privadas estabeleceram um regulamento apropriado para os casos que uma parcela ou a integralidade da remuneração do concessionário provêm da Administração Pública e um sistema próprio de garantias, que confere maiores incentivos à parceria, tornando-a mais atrativa aos particulares empreendedores.

Note-se que os contratos de parceria público-privada foram previstos para dar suporte a projetos vultosos e complexos. Em vista

disso, é vedada a celebração desses contratos nas seguintes hipóteses: (i) caso o valor total seja inferior a vinte milhões de reais; (ii) caso o período de prestação do serviços seja inferior a cinco anos; e (iii) caso o objeto do contrato envolva unicamente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a mera execução de obra pública⁵⁵. Registre-se, também, que o prazo de vigência máximo foi estipulado em trinta e cinco anos, já incluídas as eventuais prorrogações.

Como visto, a inovação buscou remediar situações em que restava impossível estruturar delegações financeiramente autossustentáveis, quando a projeção de receita a ser obtida diretamente dos usuários se revelava insuficiente para amortizar os investimentos e para remunerar o concessionário, o que inviabilizava os projetos por falta de atratividade para os investidores. Embora fosse possível atribuir responsabilidade pela contraprestação do concessionário nas concessões comuns, muito se discutia se tais remunerações poderiam provir diretamente do orçamento (MARQUES NETO, 2011, p. 23), dúvida extinta com o advento da Lei Federal nº 11.079/2004.

Em suma, são inúmeras as potenciais vantagens que as parcerias público-privadas têm aptidão para emprestar aos contratos de longa duração da Administração Pública, como indica a anotação de Leonardo Melhorato Grilo e Rubens Teixeira Alves (2011, p. 25):

A análise da experiência internacional indica que as parcerias podem contribuir para a redução de alguns aspectos negativos associados à execução de obras e ao fornecimento de serviços no âmbito governamental, como atrasos, sobrecustos, deterioração prematura, superdimensionamento, subutilização de infraestruturas, carência de manutenção, custos de operação elevados, carência de flexibilidade operacional, ausência de estruturas de incentivos, baixa qualidade e descontinuidade dos serviços.

Contratos de PPP bem estruturados possibilitam uma transferência eficiente dos riscos de projeto, construção, manutenção e operação para o parceiro privado, além de criar incentivos financeiros à gestão competente, à redução dos custos globais do empreendimento e ao alcance das metas e padrões

⁵⁵ Cf. parágrafo 4º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/2004.

de qualidade e disponibilidade definidos pelo governo. [...]

A experiência internacional tem aconselhado a adoção dos contratos de PPP em projetos de rodovias, pontes, túneis, sistemas de produção, tratamento e distribuição de água, sistemas de coleta e tratamento de esgoto, gestão de resíduos sólidos, gestão de facilidades em centros administrativos, escolas e hospitais, e administração de complexos penitenciários (ALVES e GRILO, 2011, p. 17, 25)

Os contratos de parcerias público-privadas têm o propósito de imprimir eficiência no cumprimento das finalidades do Estado e no emprego de recursos da coletividade.

Em virtude disso, devem observância a algumas diretrizes, como: (i) a *sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas* que resultarão do projeto; (ii) o *respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos particulares incumbidos da sua execução*; (iii) a *responsabilidade fiscal* na celebração e execução desses contratos e; (iv) a *indelegabilidade de algumas funções próprias do Estado* (regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e as demais atividades estatais exclusivas)⁵⁶.

Outra importantíssima diretriz elencada como de observância inevitável foi a *transparência dos procedimentos e das decisões*, o que terá repercussões sobre o próprio Procedimento de Manifestação de Interesse, conforme se detalhará mais adiante.

Como antes acenado, as parcerias público-privadas destacam-se pela repartição objetiva dos riscos entre os contratantes, *inclusive aqueles relacionados com a teoria da imprevisão*, como o caso fortuito, a força maior, fato do príncipe e a álea econômica extraordinária, como preceitua o inciso III do artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/2004⁵⁷, que podem, portanto, receber alocação sob a esfera do parceiro privado.

⁵⁶ Cf. artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004.

⁵⁷ Lei Federal nº 11.079/2004

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Não se aplica à parcerias público-privadas a lógica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos comuns, estabelecida pela alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, em que o risco pelas âleas extraordinárias é sempre alocado em desfavor da Administração Pública (RIBEIRO, 2011, p. 84).

Isso quer dizer que muitos dos riscos do contrato também poderão ser alocados à Administração Pública. Entende-se que a alocação de riscos ao poder concedente é medida que pode viabilizar alguns benefícios essenciais ao projeto concessório, como, por exemplo: (i) a desoneração da tarifa; (ii) a desoneração dos custos dos financiamentos do projeto, haja vista que “os parceiros privados e os financiadores do projeto precificam os riscos e cobram um prêmio no custo do capital para assumi-los, transferi-los a terceiros ou contratar seguros”; (iii) a atenuação do impacto em caso de imprevisto de grande magnitude, evitando a reversão completa dos riscos para a Administração Pública e minimizando o perigo uma eventual descontinuidade dos serviços públicos (ALVES e GRILO, 2011, p. 15).

O que se deve buscar, portanto, é “a maximização da eficiência econômica do contrato”, que será deve ser empreendida “por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo” (RIBEIRO, 2011, p. 80). Logo, não se considera adequado que todos os riscos associados à prestação de determinada utilidade pública sejam alocados ao parceiro privado, pois alguns desses riscos provavelmente serão gerenciados com mais eficiências pelo o poder concedente (ALVES e GRILO, 2011, p. 15).

A partilha objetiva dos riscos, que se dá por meio da *matriz de riscos* – documento que acompanha o contrato –, deve ser equilibrada de modo a alavancar a eficiência geral do empreendimento, alocando-se cada risco ao parceiro que poderá melhor mitigá-lo, preveni-lo ou remediá-lo, ou seja, gerenciá-lo com o menor custo possível (RIBEIRO, 2011, p. 80).

Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 80-82) levanta alguns critérios que devem ser atendidos na repartição dos riscos desses contratos: (i) “o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer.”; (ii) “a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize”; (iii) “a capacidade das partes do contrato de ‘externalizar’ o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis”, alocando-se o risco preferencialmente sobre a “parte que tem menores possibilidades de ‘externalizar’ as consequências do evento indesejável”, uma vez que a “possibilidade de repassar facilmente o custo para um

terceiro tira geralmente o incentivo da parte para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.”.

De mais a mais, registre-se destaque à desnecessidade de projeto básico prévio à licitação pública das parcerias público-privadas, tal como nas concessões comuns.

Quando a Lei Federal nº 11.079/2004 foi enviada para a sanção presidencial, houve veto ao proposto inciso II do seu artigo 11. Este inciso determinava que do instrumento convocatório constaria a responsabilidade do parceiro privado para a elaboração dos projetos executivos das obras. Vetou-se tal dispositivo porque dele se dessumia a responsabilidade da Administração Pública pelo projeto básico (Mensagem de veto nº 1006/2004). Não era essa a intenção proposta, visto que uma das justificativas que levaram ao ordenamento as parcerias público-privadas era exatamente a possibilidade de o parceiro privado encarregar-se da elaboração do projeto básico e do projeto executivo, o que representaria uma das potenciais fontes de ganho de eficiência a ser empreendida pelo parceiro privado. Desse modo, a Presidência da República entendeu, com o apoio de relatos de experiência internacional em parceria público-privada, que os custos do contrato reduziam sensivelmente quando o próprio prestador dos serviços ficava responsável pela elaboração de ambos os projetos. A justificativa foi a de que os particulares, na maioria dos casos, poderiam dispor da técnica necessária e da capacidade de inovação para definir as soluções mais eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, o que se traduziria em menor custo a ser remunerado pelo usuário ou pela Administração Pública. Dessa sorte, conferiu-se às parcerias público-privadas o mesmo permissivo que já desfrutavam as concessões comuns.

Ainda sobre o assunto, anote-se que o recém-adicionado parágrafo 4º do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 definiu, para as parcerias público-privadas, que o “os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto”. Para as parcerias público-privadas, então, o mínimo que os *elementos do projeto básico* devem representar é um *anteprojeto*. Seguindo a referência da NBR 13.531/95, que define os padrões de detalhamento de projetos de edificação, a qual deve ser consultada para maiores informações, constata-se que os *anteprojeto*s são mais complexos do que meros *estudos preliminares* (RIBEIRO, 2011, p. 43). Ou seja, o novo dispositivo aplicável às parcerias público-privadas delimitou com mais precisão quais devem ser os estudos de engenharia atinentes às suas concessões.

Demais disso, pela relevância das matérias envolvidas com as parcerias público-privadas, estima-se que os processos de tomada de decisões que lhe digam respeito sejam promovidos com a mais absoluta cautela do gestor público. Embora as parcerias concedam à Administração Pública uma oportunidade para driblar a incapacidade de endividamento do Estado, ou mesmo a forma de contabilização de suas obrigações, e com isso lhe permita celebrar contratos que doutra forma não seria viável, as parcerias público-privadas não se qualificam como um instrumento disponível às conveniências transitórias dos governantes de plantão.

É que apesar de anteciparem utilidades públicas que não seriam alcançadas pelos instrumentos contratuais comuns, ou somente o seriam em longo prazo, o benefício das parcerias público-privadas se dá ao preço do comprometimento das receitas futuras da Administração Pública (ALVES e GRILO, 2011, p. 9), o que significa impor ônus significativo inclusive às gerações futuras da sociedade, aos próximos contribuintes.

Daí dizer que as parcerias público-privadas não podem ser consideradas como a solução derradeira para a delegação das utilidades públicas, muito embora representem a única solução em grande parte. Antes de promover a delegação por parceria público-privada, deve-se analisar a eventual maior viabilidade da concessão comum ou mesmo a prestação direta pela Administração Pública, que pode se valer de contratos tradicionais regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993. A cautela requerida para a sua celebração demanda do administrador público a justa certeza de que a parceria público-privada é a melhor das soluções, ou seja, deverá avaliar o seu custo-benefício e concluir que é o mais valioso dentre as alternativas viáveis. Como bem resumiu Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2011, p. 29):

As PPPs não são nem o apanágio para todas as necessidades da Administração Pública. Também não são a manifestação última da destruição do interesse público (seja lá o que se entenda por isso). São um mecanismo a mais para permitir a oferta de utilidades públicas aos cidadãos. A opção por um modelo de PPP deverá ser sempre analisada pelo poder público a partir de testes de custo-benefício.

Em suma, as parcerias público-privadas representam alternativa ao modelo da concessão comum, sobretudo porque a remuneração do concessionário não se restringe às receitas advindas da exploração da obra pública ou do serviço público, pois envolvem a contraprestação direta ao

concessionário pelo poder concedente, além de viabilizarem mais adequadamente o compartilhamento de riscos do empreendimento.

2.5.3.2 Aspectos destacados da concessão patrocinada

A concessão patrocinada, uma das duas modalidades de parceria público-privada, encontra-se definida no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/2004. É modalidade equivalente à concessão simples, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Em outras palavras, na concessão patrocinada, afora as receitas advindas da exploração da obra ou serviço por tempo determinado e da possibilidade de receitas alternativas, previstas no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995, é devida também contraprestação pecuniária adicional da parte do poder concedente. Essa é a sua característica principal.

O seu regime jurídico é interpretado a partir da Lei Federal nº 11.079/2004 e, subsidiariamente, a integralidade da Lei Federal nº 8.987/1995.

O modelo da concessão patrocinada é propositado ao seguinte cenário: (i) quando a tarifa proveniente dos usuários e as receitas ancilares da concessão se mostrarem insuficientes para custear a prestação da utilidade pública, reclamando-se, como meio de viabilizar o projeto sob seu aspecto econômico-financeiro, a cobertura desta defasagem por contraprestação pecuniária da Administração Pública; e (ii) quando o maior compartilhamento de riscos entre o particular e a Administração Pública resultar em maior custo-benefício a todo o projeto concessório, favorecendo, por exemplo, as condições para que o parceiro privado obtenha o financiamento necessário para os investimentos. (GUIMARÃES, 2012b, p. 99)

Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 33) destaca que a concessão patrocinada também não se confunde com a *concessão comum subsidiada* em boa razão porque conta com uma disciplina própria de garantias e pode estabelecer outros meios de contraprestação da Administração Pública, que não a pecúnia, como a outorga de direitos em face do poder concedente ou sobre bens públicos dominicais⁵⁸.

⁵⁸ Veja-se, nesse sentido, que o artigo 6º da Lei Federal nº 11.079/2004 confere

Nada obstante, como registra apropriadamente Fernando Vernalha Guimarães (2012b, p.91), há que se perceber que o tipo legal da concessão patrocinada, embora admita outras formas de contraprestação, demanda obrigatoriamente a contraprestação *pecuniária* periódica por parte do poder concedente, que pode se dar por *ordem bancária* ou pela *cessão de créditos não tributáveis*. Ou seja, não basta que haja a contraprestação por parte da Administração Pública, pois, para a concessão patrocinada, essa deve se revestir da forma pecuniária.

2.5.3.3 Aspectos destacados da concessão administrativa

A concessão administrativa é definida pelo parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/2004. É o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a beneficiária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens e mesmo que os beneficiários diretos sejam os administrados em geral.

As concessões administrativas são regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei Federal nº 8.987/1995, e no artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995⁵⁹. Como se detalhará mais adiante no estudo, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995 são fundamentais para a aplicabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse e, pois, são válidos para o regime aplicável às concessões administrativas.

Pois bem. “Há dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado”, como ensina Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 29).

Gustavo Binenbojm (2005, p. 4) complementa que a *concessão administrativa de serviços públicos*, espécie do gênero das concessões de

ampla liberdade para se definir a modalidade de contraprestação:

“Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.”

⁵⁹ Cf. artigo, 3º da Lei Federal nº 11.079/2004.

serviços públicos, é caracterizada pela prestação direta ao usuário, sem a cobrança de tarifas, “sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas)”. Nas concessões administrativas de serviço público, o objeto do contrato é a prestação da própria atividade desenvolvida pelo órgão ou entidade da Administração Pública, voltados a uma universalidade de beneficiários, mas não remunerados por eles, e sim pelo próprio poder concedente. Em razão disso, essas concessões sujeitam-se ao regime de prestação de serviços públicos, o que significa que devem respeitar, por exemplo, o imperativo de continuidade dos serviços e se sujeitar à responsabilidade objetiva pelos eventuais danos causados⁶⁰.

Como ensina Fernando Vernalha Guimarães (2012b, p. 166”), por um lado, as concessões administrativas de serviços públicos estendem “a lógica concessória a *atividades juridicamente incompatíveis com o sistema tarifário*”, e por outro, disponibilizam “à Administração via para o custeio integral do *serviço público tarifável* por contraprestações públicas”.

A *concessão administrativa de serviços ao Estado*, espécie do gênero dos contratos de prestação de serviços, se dá mediante o oferecimento de utilidades à própria Administração Pública, que é a usuária direta dos serviços e a responsável pela integralidade da contraprestação do parceiro privado (BINENBOJM, 2005, p. 4). Numa conceituação mais larga, a concessão administrativa de serviços ao Estado também pode ser definida como *concessão de serviços públicos instrumentais* ou *concessão de serviços administrativos* (VILLELA SOUTO, 2005, p.33). Considera-se, para os fins deste estudo, essas concessões também como meios de delegação de utilidades públicas, ainda que os particulares, neste caso, sejam os tomadores indiretos do serviço.

⁶⁰ Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em síntese, as concessões administrativas representam instrumento de delegação de serviços de interesse público, sejam serviços públicos propriamente ditos ou serviços prestados à Administração Pública que forneçam subsídios indiretos à função administrativa.

Uma importante distinção das concessões administrativas sobre os contratos de prestação de serviços comuns é a vedação de que o objeto dessa parceria refira-se ao mero fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de uma obra, conforme o inciso III do parágrafo 4º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/2004. Exige-se um *pacote de serviços* (VILLELA SOUTO, 2005, p. 33).

Afora essa vedação, outro realce que se deve é ao período de vigência das concessões administrativas (de 5 a 35 anos), mais amplos que os contratos de prestação de serviços, que devem observância à vigência dos respectivos créditos orçamentários – salvo algumas poucas exceções, nenhuma das quais, no entanto, capaz de equiparar aos prazos das parcerias público-privadas⁶¹.

De mais a mais, as obrigações do parceiro privado nas concessões administrativas continuam vinculadas muito mais ao seu desempenho do que aos meios em que serão prestados os serviços. Pode-se dizer que as concessões administrativas importam o *modelo organizacional* típico das concessões para as atividades antes modeladas com o espírito das contratações comuns, organizadas de modo a obrigar o contratado aos meios previstos para a satisfação da necessidade da Administração Pública (GUIMARÃES, 2012b, p. 166). Vale o registro, também, da atribuição da responsabilidade pelo financiamento ao parceiro privado, do compartilhamento de riscos e da possibilidade de que os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos que dão forma à licitação pública acorram ao certame – todas diferenças substanciais em relação às contratações comuns.

A título exemplificativo, sublinhe-se que a modalidade de concessão patrocinada é comumente empregada para a delegação dos serviços de esgotamento sanitário. Entende-se que existem benefícios que decorrem da desvinculação entre a receita do parceiro privado e a demanda de serviços reclamada pelos usuários, como, exemplificativamente, evitar a proporcionalidade entre o volume de serviços prestados e a remuneração do parceiro privado, inclusive a fim de estimular práticas benéficas ao meio ambiente. Em casos como esse,

⁶¹ Cf. artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/1993.

nada impede que a Administração Pública se utilize das receitas obtidas diretamente dos usuários (que permanecerão obrigados perante a Administração Pública) para compor a contraprestação devida ao parceiro privado.

2.5.3.4 Notas distintivas entre o instituto das concessões e outros instrumentos comuns de cooperação.

Por fim, convém apontar algumas diferenças entre o instituto das concessões e alguns outros instrumentos de cooperação, no sentido de delimitar bem o objeto a que será aplicado o Procedimento de Manifestação de Interesse em sua forma clássica.

Os *convênios* diferenciam-se das concessões porque são formados por instrumentos precários, que podem ser denunciados por quaisquer dos convenientes e, porquanto, só por isso, não conferem a segurança jurídica necessária para um contrato que envolve a prestação de utilidades públicas e investimentos de grande monta. Veja-se que, inclusive, no setor do saneamento básico, a lei que estabelece as suas diretrizes nacionais vedou a prestação de serviços públicos de saneamento básico mediante convênios⁶².

As *permissões de serviços públicos*, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 767), qualificam-se como ato unilateral, precário, *intuitu personae*, por meio do qual o Estado transfere o desempenho de um serviço que lhe compete, possibilitando, inclusive, ao permissionário, o direito de cobrar tarifas dos usuários. A ideia é que o Estado não assuma deveres para com o permissionário e, em vista de sua precariedade, possa a qualquer tempo revogá-la, sem obrigação de indenizá-lo. O serviço objeto da permissão denota características de efemeridade e transitoriedade, não requerendo significativos investimentos para a sua prestação. Esses atributos – precariedade, efemeridade, transitoriedade e baixo valor de investimento – representam as dessemelhanças em relação às concessões.

Anote-se, contudo, que essas diferenças têm sido atenuadas com o paulatino reconhecimento de que a Administração Pública não possui

⁶² Lei Federal nº 11.445/2007

Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

livre discricionariedade para revogar uma permissão de serviços públicos, uma vez que está vinculada a valores como a boa-fê, proteção da confiança legítima, eficiência e razoabilidade. Em que pese isso, algumas diferenças persistem de forma bem nítida entre os institutos, como impossibilidade de ser outorgar permissão quando as obrigações devam ser amortizáveis a longo prazo, pelo que se requer um vínculo contratual concessório, destituído da precariedade que é típica da permissão. Por exemplo, então pela inaplicabilidade de uma suposta permissão antecedida da execução de obra pública (JUSTEN FILHO, 2003, p. 113).

A respeito das denominadas *autorizações de serviços públicos*, cabe registrar a lição de Marçal Justen Filho (2003, p. 130), no sentido de que, bem verdade, as chamadas *autorizações de serviços públicos* representam atividades econômicas sujeitas a uma fiscalização mais rigorosa do Estado (serviços de táxi, por exemplo), e não serviços públicos propriamente ditos, que envolvem uma atividade tipicamente pública. Logo, as autorizações não tem cunho constitutivo de direitos trasladados da Administração Pública, como são as concessões, mas meramente declaratório.

Em relação aos *contratos de gestão*, a diferença primordial se resume ao fato de que, nesses, as atividades relevantes de interesse público são desenvolvidas sobre meios já disponíveis, sem prejuízo de que sejam eventualmente otimizados ao longo de sua vigência. Ou seja, há uma gestão de um serviço em que já existem os bens, os recursos e o pessoal. Não se exige da organização social ou investimento vultoso, como nas concessões. Ademais, não são repassados os riscos do insucesso ao particular (ou são apenas repassados riscos bem delimitados) (JUSTEN FILHO, 2003, p. 150).

O instituto do *contrato de programa* tem maiores semelhanças com as concessões, especialmente porque estão regidos pelas mesmas leis e porque mediante a sua celebração é possível se delegar a prestação de um serviço público, caso em que há por bem considerá-lo como uma *concessão imprópria*⁶³. Todavia, distingue-se das concessões

⁶³ Lei Federal nº 11.107/2005

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos

propriamente ditas por não se revestir como instrumento autônomo que tem aptidão para transferir a prestação de um serviço público à iniciativa privada – no máximo a uma entidade da Administração Pública indireta. Os contratos de programa dependem de uma união de esforços de diferentes entes federativos, sob a forma de consórcio público, e a prestação dos serviços públicos está restrita a entidades vinculadas a esses entes – que, por sua vez, se quiserem transferir a competência para a execução integral ou parcial do objeto do contrato de programa deverão promover uma concessão.

serviços transferidos. [...]

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

3 A COMPLEMENTARIEDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE ÀS DEMAIS FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

3.1 NOÇÃO CONCEITUAL DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Procedimento de Manifestação de Interesse é o *procedimento administrativo consultivo, sujeito ao regime de direito público, com ênfase para os princípios e valores da Constituição Federal, por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apresentados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares.*

Cuida-se de instituto peculiar de direito administrativo cujo maior propósito é corroborar com a estruturação de modelagens de concessões comuns e de parcerias público-privadas.

É procedimento administrativo que permite a aproximação dialogal entre a Administração Pública e particulares em etapa primitiva do processo de delegação da prestação de utilidades públicas. É meio de processualização da formação de decisões administrativas participativas.

O que se busca com o Procedimento de Manifestação de Interesse é que sejam *manifestados os interesses dos particulares*, ou seja, para que expressem o que entendem por conveniente e o que percebem como mais adequado, proveitoso e útil para o projeto.

Estima-se que o seu emprego seja capaz de reduzir as assimetrias informacionais entre a Administração Pública e os particulares – sejam os particulares interessados em assumir a concessão, sejam os particulares usuários que receberão os benefícios diretos dos serviços ou do bem a ser explorado, sejam os demais particulares interessados (membros das academias científicas, fornecedores, moradores das comunidades vizinhas às obras).

Aproximando-se os principais interlocutores do futuro contrato, para que juntos possam planejá-lo, há uma potencial diminuição dos riscos que comumente emergem em ambiente de desinformação, afinando-se a harmonia dos interesses envolvidos e reduzindo-se os custos de transação. E, caso se logre êxito com a maior participação social – o que representa um dos maiores desafios para o instituto –, a formação dessas decisões administrativas, cujos efeitos se estendem por décadas e por gerações, se dará em consentâneo com uma democracia mais efetiva.

Como procedimento administrativo aberto à participação, o Procedimento de Manifestação de Interesse representa uma alternativa complementar aos modelos tradicionais de planejamento das concessões. Por um lado, a Administração Pública se beneficia pela *oportunidade de coletar estudos de viabilidade e anteprojetos ou projetos básicos sem o comprometimento do seu orçamento*; por outro, a sociedade por encontrar *meio democrático e isonômico para a busca de soluções afeitas ao interesse público*.

O processo de estruturação das concessões deixa de ser uma mera manifestação do ato de *imperium* (JUSTEN, 2003, p. 204; SCHWIND, 2005, p. 316), pois institucionaliza-se um procedimento para o diálogo prévio, acompanhado da exposição, da confrontação e da conciliação de interesses.

Para o seu bom sucesso, o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse deve revestir-se de multilateralidade⁶⁴, consensualidade, isonomia e transparência, ensejo para que os particulares traduzam os seus interesses em documentos técnicos e os apresentem à Administração Pública.

Somente mediante o rígido respeito aos valores e princípios de direito administrativo e constitucionais é que essa processualização do diálogo entre a Administração Pública e os particulares poderá fundar adequadamente a futura concessão comum ou parceria público-privada.

Dessa sorte, atinge-se o objetivo de imprimir maior transparência e dinamicidade à condução dos projetos e, em conjunto, proporciona-se e

⁶⁴ É como ensina Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 130): “A multilateralidade surge como a característica mais marcante da Administração do Estado pós-social. As decisões administrativas, típicas da Administração prospectiva ou prefigurativa, não dizem respeito a um relacionamento meramente bilateral entre os privados e os órgãos decisores, mas correspondem antes a um relacionamento multipolar, uma vez que produzem efeitos susceptíveis de afectar um grande número de sujeitos.”

fomenta-se a democratização na busca de soluções eficientes para a plena prestação de utilidades públicas. Disso se originará a maior legitimidade material das delegações de utilidades públicas, apoiadas na construção da modelagem compartilhada, congruente com os valores do direito administrativo contemporâneo.

É procedimento que não vincula a Administração Pública ou os particulares. Ou seja, a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse não é condição para a participação na licitação pública, nem é condição para a licitação, tampouco resultará obrigatoriamente numa licitação pública.

A finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse é que sejam levantados estudos, projetos e os interesses dos particulares, de maneira a que possam subsidiar, parcial ou integralmente, a *estruturação técnica, econômica e jurídica da concessão comum ou da parceria público-privada*. Não é procedimento obrigatório, mas voluntário, pelo que a celebração desses contratos não está condicionada ao prévio lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Não há delimitação apriorística sobre quais assuntos podem ser desenvolvidos nos estudos a serem apresentados pelos participantes no Procedimento de Manifestação de Interesse, razão pela qual, bem verdade, a simples menção à *estruturação técnica* possui abrangência suficiente para que a Administração Pública conceda ao participante a autorização para que produza conteúdo sobre o que entender conveniente e oportuno. Costuma-se considerar a generalidade que decorre do termo *estudos técnicos*, que evita uma eventual percepção equivocada de que somente algumas espécies de estudos são permitidas ou desejadas para o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Note-se que nada assegura ao particular o efetivo emprego de seu material pela Administração Pública, representando a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, portanto, uma manifestação de liberdade do particular e não uma assunção de compromissos legais pela Administração Pública.

A maior peculiaridade jurídica do Procedimento de Manifestação de Interesse é que *não está regulamentado em pormenores pela lei*, embora sua *existência seja legalmente permitida*. Trata-se de instituto que ganhou corpo com a *prática administrativa*. A sua regulamentação é espraiada pela Administração Pública, porquanto resultante em maior parte de *decretos regulamentadores*. Daí a dificuldade, senão impossibilidade, para extrair elementos conceituais definitivos para o

Procedimento de Manifestação de Interesse. É instituto ainda em desenvolvimento, embora com bases definidas⁶⁵.

Convém registrar que a expressão “Procedimento de Manifestação de Interesse” nem sempre é utilizado para nomear esse procedimento. É possível encontrar procedimentos intitulados, por exemplo, como *Solicitação de Propostas*⁶⁶, como *Solicitação de Manifestação de Interesse*⁶⁷ ou de forma mais genérica, como “*procedimento de solicitação de propostas para desenvolvimento e apresentação, por eventuais agentes interessados da iniciativa privada, de estudos técnicos e modelagem do projeto de Parceria Público-Privada*”⁶⁸.

⁶⁵ Mario Queiroz Guimarães Neto e Adrian Machado Batista (2010) definiram o Procedimento de Manifestação de Interesse da seguinte forma: “É um instrumento utilizado pela administração pública antes da fase de elaboração de editais e contratos de concessão. Através dele, é dada ao setor privado permissão para se executar estudos técnicos, ambientais, econômicos, jurídicos ou de engenharia, para o desenvolvimento do projeto de interesse público que se pretenda implantar.”. Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 5) também colaboraram: “O PMI é um instrumento que institucionaliza o diálogo público-privado a respeito de um projeto de interesse público a ser concedido à iniciativa privada. Por intermédio desse instrumento, o setor público obtém, de consultores ou diretamente das empresas interessadas em disputar futuros contratos de concessão, os estudos de viabilidade sobre projetos de infraestrutura que estão na agenda da tomada de decisão do Estado. Em outras palavras, o PMI é um convite do poder público para que a iniciativa privada interessada possa apresentar, por sua conta e risco, análises e propostas sobre um projeto de interesse público que, no futuro, poderá ser licitado.”

⁶⁶ Neste sentido, a *Solicitação de Propostas* nº 01/2013, lançada pela União Federal em 4 de março de 2013. Disponível em:

http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/complexoitauguaimodulo_1/arq_do_wn/solicitacao_propostas_pnrs.pdf Acesso em: 9 mar. 2013.

⁶⁷ Por exemplo, a *Solicitação de Manifestação de Interesse* lançada pelo Estado do Rio de Janeiro para a elaboração de projeto básico para obras de reformulação e modernização das estações multimodais de São Cristóvão, Maracanã e Mangueira, no ano de 2011. Disponível em:

<http://www.rj.gov.br/web/setrans/exibeconteudo?article-id=530165> Acesso em: 11 mar. 2013

⁶⁸ Por exemplo, o procedimento lançado pelo Estado de São Paulo, lançado em 8 de fevereiro de 2013, que visa à reorganização, estruturação, implantação e operação dos processos logísticos e assistenciais da Assistência Farmacêutica. Disponível em: http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/ch%20002-

Averbe-se que a utilização de nomes distintos para procedimentos administrativos substancialmente iguais não abranda em nada o que deles há em comum.

Elegeu-se o nome *Procedimento de Manifestação de Interesse*, especialmente, por ser, além de apropriado, o mais habitual, o mais corriqueiro, o mais convencional, o mais tradicional⁶⁹, sem prejuízo de que as considerações ora expostas sejam aplicadas aos procedimentos comuns que carregam outros epítetos. Demais disso, entende-se que reconhecer uma denominação própria ao instituto lhe confere uma saudável autonomia jurídica⁷⁰. Lembre-se, a esse respeito, da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 769), inspirada em harmonia com outros juristas de renome:

2013.pdf Acesso em 11 mar. 2013.

⁶⁹ Neste sentido, Caio de Souza Loureiro (2012).

⁷⁰ Em sentido contrário, a crítica de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 332, nota 13): “A recepção de estudos, investigações, levantamentos e projetos de entes da iniciativa privada pelo Poder Público tem sido chamada por alguns – ora por ignorância a respeito do histórico do dispositivo e do procedimento, ora por uma inclinação novidadeira – de ‘manifestação de interesse’. Trata-se de uma denominação nova para algo que já estava presente em nosso Direito pelo menos desde a Lei 8.987/1995 e vem sendo utilizado com frequência, por exemplo, pela ANEEL. Ademais, é forçoso notar que o rótulo ‘manifestação de interesse’ nada diz de relevante sobre aquilo a que se quer se referir.”. Perceba-se que a crítica com base na história do procedimento não convence, pois, afinal, a expressão “manifestação de interesse” representa a tradução de seu nome estrangeiro, cuja influência histórica foi notadamente decisiva para a modelagem do instituto no Brasil. Veja-se que é comum a internalização de nomes estrangeiros, sobretudo na seara das concessões públicas, tal como ocorreu com as próprias parcerias público-privadas (*public-private partnerships*), também importadas. Em alguns casos, a importação de institutos aplicáveis às parcerias público-privadas é direta, sem qualquer tradução, como nos instrumentos *road show* e na análise *Value for Money*, para ficar em apenas dois exemplos. Ademais, embora o dispositivo que confere normatividade ao Procedimento de Manifestação de Interesse exista desde o ano de 1995 e, desde a época, tenha sido empregado por uma agência reguladora, o instituto somente passou a ser utilizado de forma sistemática pela Administração Pública brasileira em meados da década de 2000, sob a influência do instituto estrangeiro dedicado às parcerias público-privadas. O histórico do instituto, portanto, está vinculado à expressão “manifestação de interesse” (*expression of interest*), não havendo razões pertinentes para não empregá-la, sobretudo se considerado que atualmente é o nome comum adotado.

Palavras são meros rótulos que apomos sobre os objetos, sem que uns e outros tenham, entre si, uma conexão que, em abstrato, os predique reciprocamente. O que existe é um uso *convencional* delas, sem o quê a comunicação humana seria impossível (Gordillo, Hospers, Carrió, Hart).

Em resumo, a expressão *Procedimento de Manifestação de Interesse* é o apelido comum que hoje se dá ao procedimento administrativo que visa a estimular os particulares a apresentarem estudos e projetos, por conta e risco, com o objetivo de respaldar projetos de concessões comuns e de parcerias público-privadas.

3.2 AS FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS INSTRUMENTOS DE APROXIMAÇÃO DE INTERESSES JÁ EXISTENTES

3.2.1 Por que a Administração Pública deve planejar as concessões comuns e as parcerias público-privadas?

Como anteriormente exposto, atender aos interesses da coletividade é o propósito último do Estado, é também a razão pela qual existe um regime jurídico especial aplicável aos serviços públicos. E mais: é a justa missão para a qual o Estado recebeu competências especiais.

É da natureza que sempre que alguém possui um propósito, precisa planejar meios para realizá-lo. Os propósitos são propósitos porque não acontecem por acaso, por ventura, fortuitamente. São antes destinações que devem ser perseguidas, pois, caso contrário, não serão – ou muito dificilmente serão – alcançadas. De preferência, os propósitos devem ser almejados pelos meios mais eficientes disponíveis.

Daí então que se reclama do Estado o planejamento para alcançar os seus propósitos. Sabe-se que sem planejar jamais logrará êxito em sua missão.

A importância do planejamento para a ordem jurídico-econômica nacional é desvelada pelo artigo 174 da Constituição Federal⁷¹, que atribuiu ao Estado brasileiro a função de planejamento das atividades econômicas. O dispositivo versa sobre o macroplanejamento econômico, ao qual está obrigado a efetivar, como agente normativo e regulador que é o Estado brasileiro.

O primado do planejamento, num dispositivo um pouco mais específico, pode ser notado no fato de que o órgão responsável pela coordenação dos dispêndios públicos é o próprio Ministério do *Planejamento*, Orçamento e Gestão, responsável por deliberar sobre o mérito dos projetos de parceria público-privada⁷². Ainda, em diversos Estados, os programas de parcerias público-privadas estabelecem expressamente que o seu desenvolvimento se dará mediante o adequado planejamento⁷³.

De par com esta conotação programática mais larga, o verbo *planejar* também admite conotação mais estreita, vinculada a expressões

⁷¹ Constituição Federal

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

⁷² Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: [...]

§ 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades; [...]

§ 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

⁷³ Como exemplo, a Lei Estadual nº 11.688/2004, do Estado de São Paulo:

Artigo 2º - O PPP será desenvolvido por meio de adequado planejamento, que definirá as prioridades quanto à implantação, expansão, melhoria, gestão ou exploração de bens, serviços, atividades, infra-estruturas, estabelecimentos ou empreendimentos públicos.

como *elaborar planos, preparar empreendimentos, coordenar ações para obter um resultado*. É o sentido estrito de planejar, que remonta a verbos como *modelar, estruturar, delinear*.

Deduz-se diretamente disso que, também em sentido estrito, como empregado nesta dissertação, o planejamento é atividade da mais alta relevância para a Administração Pública, sobretudo quando se tratar de modelar a prestação das atividades econômicas cuja titularidade é concebida originariamente para o próprio Estado⁷⁴.

O dever de bem planejar é corolário do princípio da eficiência, registrado no artigo 37 da Constituição Federal, e decorre da obrigação de que a gestão das funções do Estado sejam eficientes e eficazes, interpretada a partir do inciso II do artigo 74 da Constituição Federal⁷⁵. Não há eficiência ou eficácia sem planejamento. O planejamento está permeado como pressuposto de toda atividade administrativa e de toda atividade econômica, é o mínimo que se espera do agente público competente para tomar decisões que afetam a coletividade. Tanto é assim que a toda a atividade financeira do Estado deve ser antes planejada. Nada pode descobrir o erário à sorrelfa de um projeto bem justificado e aprovado.

Marcos Juruena Villela Souto, ao versar sobre o tema, dá destaque ao *princípio do planejamento*, que, em conjunto com o *princípio do equilíbrio* e o *princípio da transparência*, fundamentaram a festejada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). Segundo o autor, o princípio do planejamento consagra a vinculação do orçamento

⁷⁴ Nesse sentido estrito, é adequado denominar o planejamento das concessões também por outras expressões, como estruturação das concessões ou modelagem das concessões. Não se faz diferenciação ao longo do texto.

⁷⁵ Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

aos programas de governo, ou seja, tornam as ações e os gastos do governo dependentes de um planejamento prévio constante do orçamento.

Nas concessões, o dever de planejamento se revela com grande ênfase. Perceba-se, por exemplo, que o artigo 5º da Lei Federal nº 8.987/1995⁷⁶ requer procedimento prévio ao lançamento de edital de licitação pública, independentemente da existência ou não de Procedimento de Manifestação de Interesse. O poder concedente deve publicar ato justificando a conveniência da concessão, acompanhado da sua caracterização de objeto, área e prazo. O intuito é “não apenas de impedir decisões irracionais ou inadequadas, mas também de propiciar fiscalização e controle.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 200-201).

É que a relevância da decisão pela delegação da prestação de alguma utilidade pública é muito maior do que as decisões correlatas nos demais contratos administrativos, visto que carrega consigo significativas consequências políticas, econômicas e jurídicas. São contratos longos, que duram décadas, e que efetivamente produzem efeitos substanciais e irradiantes sobre o futuro da sociedade, seja em relação aos próximos governos, seja em relação às próximas gerações de indivíduos.

A delegação de uma utilidade pública não pode ser encarada como um mero ato de vontade, mas como uma opção política, robusta, profunda, sólida, compatível com os valores buscados pela sociedade (JUSTEN FILHO, 2003, p. 201).

É decisão que deve ter como base um projeto bem definido, bem delineado, que ateste a legitimidade daquela delegação. Daí dizer que existe um dever de diligência por parte da Administração Pública, que quando decide delegar a prestação de uma utilidade pública, assume o dever de modelar o projeto minuciosamente, detalhadamente, com responsabilidade e habilidade (JUSTEN FILHO, 2003, p. 203). É o que Juarez Freitas (2009, p. 15) denomina por *dever de escolher bem*, que está intricado à gestão dos interesses coletivos pelos agentes públicos.

Com o surgimento das parcerias público-privadas, houve reforço legislativo à importância que deve ser destinada à etapa prévia desses contratos, pois se estabeleceram novos requisitos formais e meritórios para lançamento da licitação pública, constantes do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004. Dentre elas, condicionou-se a licitação pública a

⁷⁶ Lei Federal nº 8.987/1995

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

um juízo de oportunidade e conveniência do projeto, o que dignifica dizer que da análise de seu mérito se deve concluir que aquela é efetivamente a maneira mais adequada de se satisfazer a necessidade perseguida.

É por essas e outras que atualmente se impõe uma especial atenção à etapa preparatória das concessões. Conquanto não se tenha estabelecido em lei um procedimento autônomo para tanto – o que vem a compor o Procedimento de Manifestação de Interesse –, existem inúmeras regras de controle e de fiscalização a serem verificadas tanto pelos órgãos oficiais como pelos particulares, a exemplo da necessidade de justificação prévia e do juízo de oportunidade e conveniência, já expostos. É que quanto mais bem planejada a concessão, maior a probabilidade de se efetivarem os direitos sociais nela envolvidos. Neste sentido, Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 5):

A principal etapa prévia à publicação do edital de licitação envolve a estruturação ou modelagem do projeto, fase em que são realizados os estudos de viabilidade a respeito da prestação dos serviços públicos que será concedida à iniciativa privada. Em contratos de longo prazo, como é o caso do contrato de PPP, tal etapa torna-se essencial para que a implementação do projeto seja bem sucedida e implique no melhor uso de recursos públicos.

Entende-se que quanto mais acurado o planejamento das soluções buscadas pela Administração Pública, maior a probabilidade de se empregar eficiência à persecução do interesse público. Em sua faceta econômica, isso significa que os contratos devem ser bem planejados.

O planejamento, como a primeira etapa a ser observada para a celebração de concessões comuns e parcerias público-privadas, deve ser adequado o suficiente para assegurar os meios mais favoráveis à satisfação das necessidades da Administração Pública, o que significa que devem ser escolhidos os meios certos a serem bem desempenhados para a efetivação dos direitos da coletividade envolvidos.

Não há como celebrar uma concessão comum ou parceria público-privada sem a prévia confecção dos estudos e projetos necessários à elaboração das propostas na licitação pública. O projeto de delegação de utilidade pública deve ser planejado, estruturado, modelado, elaborado de forma a melhor atender o interesse da coletividade.

Pois bem, demanda-se conhecer o *modus operandi* desse planejamento. É sabido que os contratos administrativos devem ser precedidos por licitação pública. É sabido e ressabido que a licitação

pública é a regra, a contratação direta, a exceção (NIEBUHR, 2011, p. 85).

Nas concessões, a licitação pública é exigida com mais veemência, por comando direto e intransigente do artigo 175 da Constituição Federal⁷⁷.

É por meio do processo licitatório que a Administração Pública apresenta o objeto pretendido, oferece a oportunidade de sua execução ao particular e, como consequência, celebra o contrato administrativo. Tudo acompanhado de uma prévia identificação da necessidade a ser satisfeita, do reconhecimento justificado de que a maneira mais eficiente para atingi-la se dá mediante parceria com os particulares e com a devida observância da isonomia e da transparência do procedimento.

Ocorre que as licitações públicas recebem variadas modelagens pelo ordenamento jurídico brasileiro. A depender da complexidade e da natureza do objeto envolvido, o procedimento licitatório e o instrumento contratual são mais ou menos rígidos, mais ou menos amplos, mais ou menos condicionados. Planejar o procedimento administrativo para a licitação pública é uma constante e difícil missão de adequar os valores da eficiência, mais livre, e da legalidade, mais regrada.

Para efeitos didáticos, como antes enunciado, pode-se definir que após a identificação de uma necessidade pública a ser satisfeita por contrato administrativo, o processo de contratação atravessará outras três etapas substanciais, em sequência: o planejamento da melhor solução, a seleção do futuro contratado (por meio de licitação pública) e a execução do contrato administrativo.

As etapas guardam finalidades específicas distintas, embora finalidade geral única (satisfazer o interesse público daquela realidade específica). Cada etapa possui autonomia procedimental e instrumental, mas não são entre si independentes, encontram-se vinculadas mutuamente e materialmente.

⁷⁷ Cf. Marçal Justen Filho (2003, p. 192): “A incidência dos princípios da licitação assimila a concessão (e a permissão) às demais atividades administrativas, no sentido de que nenhuma circunstância justifica privilégios na seleção do particular selecionado. Concessão e permissão não são institutos “especiais”, refratários à licitação. Bem por isso, todas as leis sobre concessões impuseram a obrigatoriedade do procedimento licitatório prévio.”. Desconsidera-se, por ora, a concessão imprópria por intermédio de contrato de programa, via dispensa de licitação pública, por representar uma excepcionalidade e não comprometer o raciocínio.

A vinculação material entre o planejamento da licitação pública e a licitação pública propriamente dita é tamanha que se costuma denominar essa primeira etapa como fase interna da licitação pública. Leia-se o ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 257):

A licitação pública inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública empreende planejamento e estudos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições para participar dela, elaborando o instrumento convocatório. Ou seja, a fase interna da licitação é destinada à elaboração desse instrumento. Nela a Administração empreende e segue procedimento que, no final das contas, redundará no instrumento convocatório.

É por isso que os efeitos da etapa preparatória podem e devem ser percebidos na licitação pública, os quais, por sua vez, se estendem ao contrato administrativo. E no curso da execução do contrato administrativo, não há independência sobre o conteúdo definido na licitação pública, que, como se disse, também deve ter observado a etapa de planejamento. Esta interdependência entre as etapas da contratação é que une e dá forma ao sistema de contratações públicas.

Por corolário, não compete à Administração Pública lançar uma licitação pública que não guarde harmonia com o que fora planejado. A licitação pública depende do processo de justificativa, que faz parte da etapa preparatória. Igualmente, a Administração Pública jamais poderá contrair em contrato obrigações distintas daquelas consagradas na licitação pública – o que não significa dizer que absolutamente tudo o que será executado deve ser sempre meticulosa e previamente detalhado⁷⁸.

A seleção da solução que será apresentada à necessidade pública, então, inicia-se em etapa anterior à licitação pública e ao contrato. Um bom planejamento é medida capaz de evitar uma plêiade de questões problemáticas constatadas nos atuais contratos de concessão públicas, como, por exemplo, os levantados por Marcos Nóbrega (2012).

O autor dá destaque a uma série de problemas recorrentes às contratações públicas, como a assimetria de informações entre a Administração Pública e os particulares, os elevados custos de transação

⁷⁸ Trata-se das obrigações de desempenho *vis-à-vis* as obrigações de investimento, apontadas nos itens 1.5.2 *Concessões Comuns* e 1.5.3 *Parcerias público-privadas (PPPs): a concessão patrocinada e a concessão administrativa*.

dos contratos administrativos, causados por níveis inadequados de complexidade e incerteza, e a especificidade demasiada do ativo, que retira a liquidez dos bens envolvidos nas concessões e arriscam os contratantes, pelo elevado grau de dependência, a se tornarem reféns do contrato (quando não há uma alternativa otimizada para os ativos, é a teoria denominada por *second best*, efeito das obras famosamente alcunhadas por *elefantes brancos*).

As delegações de utilidades públicas são notadamente mais complexas que os contratos comuns e por isso requerem maiores esforços para a sua estruturação. Leia-se, na linha do que se argumenta, o comentário de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 3)

[...] o fato de que os objetos das PPPs envolvem parcelas maiores do ciclo de vida do ativo necessário à prestação de um serviço de interesse geral adiciona complexidade à modalidade de contratação, quer seja do ponto de vista da gestão do contrato e dos riscos decorrentes das características do projeto, quer seja do ponto de vista da capacidade de investimento necessária ao parceiro privado para que dê conta de suas obrigações contratuais. (PEREIRA, 2011, p. 3)

Também Bruno Ramos Pereira, dessa vez em conjunto com Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 5), dão notícia do desafio:

Entretanto, para que um contrato de PPP seja celebrado, algumas etapas prévias são necessárias e, em função da complexidade do projeto ou da incipiente capacidade institucional do poder público com as PPPs, a realização de tais etapas acaba por representar um recorrente desafio para que o edital da licitação possa, ao final, ser publicado.

Já houve oportunidade para registrar os benefícios econômicos teóricos que um contrato bem planejado confere aos contratantes (SCHIEFLER, 2011, p. 18), sendo apropriado repetir:

“Em se planejando o futuro, que por natureza é incerto, quanto mais precisamente se puderem prever os efeitos do tempo sobre os interesses vinculados ao contrato, mais eficiente ele será, pois se permitirá a redução máxima de esforços desnecessários e, por conseguinte, maior será a utilidade no atendimento das necessidades. Partindo-se do pressuposto de que os contratantes efetivamente compreendem e

consignam a sua livre vontade no contrato, entende-se também que quanto mais eficiente, mais justo será tal contrato. Isso porque haverá uma rude diminuição dos riscos envolvidos e, por corolário, dos custos empregados para garanti-los. A efetivação de riscos contratuais implica injustiça, pois uma das partes invariavelmente sairá em desvantagem. Ocorre que, se por um lado, uma parte assumiu um determinado custo para assegurar a sua incolumidade perante um evento em que há risco de ocorrer, este custo empregado não foi o da integralidade do evento, pelo que a outra parte, então, uma vez concretizado tal evento, arcará com a diferença entre o custo que recebeu a título de seguro do risco e a sua efetivação.”.

Em apoio, o comentário de Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p. 229):

Um contrato perfeito também é eficiente. [...] Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem lacunas, de modo que elas não necessitam do tribunal para fornecer condições supletivas. Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem falhas, de modo que elas não necessitam do tribunal para regulamentar suas condições.

Daí, então, que quando não se cuida devidamente da etapa preparatória, as condições do contrato, quando de sua execução, arriscam-se potencialmente a injustiças. Quer-se com isto dizer que o descuido com o bom planejamento aumenta a probabilidade de que os fatos supervenientes desvirtuem as condições previstas no contrato, oportunidade em que alguma das partes terá de cobrir financeiramente os custos deste evento.

E, levando-se em conta que nos contratos administrativos quem oferece o preço é o particular, toda vez que perceber a probabilidade de arcar com algum risco, embutirá em sua proposta valores adicionais para salvaguardar os respectivos e eventuais custos imprevistos.

Bem se planejando o contrato, o que envolve o alinhamento prévio de interesses entre os contratantes, muitos desses riscos são amainados, pelo que também o são os custos para cobri-los. Em todos os cenários, o contrato mais bem planejado será mais justo, mais afinado, mais conforme às intenções registradas pelos contratantes.

A agravante, em se tratando de contratos administrativos, é que, no geral das vezes, quando os custos de um evento mal acordado pendem para o particular, a Administração Pública se sujeita à revisão contratual,

em seu desfavor, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro; quando esses custos pendem para a Administração Pública, no entanto, muito provavelmente acabará arcando com a sua responsabilidade pela deficiência no planejamento do projeto e os custeará em demérito do erário. Em ambos esses casos hipotéticos, como é a Administração Pública quem custeia o equívoco, o interesse da coletividade é que será prejudicado.

Como viu-se anteriormente, a manutenção das condições efetivas da proposta para o contrato administrativo é uma garantia constitucional. Em decorrência disso, quando não há o devido planejamento, quando os riscos não são devidamente alocados, a realidade confronta as previsões contratuais com maior frequência, onerando a Administração Pública, que arcará não somente com as contraprestações previstas no contrato, mas também com os custos dos riscos à época desconhecidos e indevidamente a si alocados pela competência residual que carrega por representar o Estado, caso não seja diferentemente acordado.

Demais disso, a ineficiência do contrato, para a Administração Pública reverberará também na própria licitação, por meio do aceite de proposta cujo conteúdo conserva os custos pelos riscos desconhecidos pelos particulares, mas considerados a efeito de salvaguarda. Assim, caso a realidade confronte o contrato de maneira favorável ao particular, de conseguinte ao mau planejamento, a Administração Pública pagará a maior pelos serviços prestados⁷⁹. A respeito dos riscos que se traduzem em custos para o contrato administrativo, o comentário de Marçal Justen Filho (2003, p. 334):

[...] a decisão empresarial reflete uma avaliação sobre todos os custos – diretos e indiretos – necessários à obtenção da vantagem econômica buscada. Isso significa que o preço praticado por um empresário traduz não apenas o custo de

⁷⁹ É o que se registrou em outra oportunidade, em comentário que considerou em conjunto a posição de desequilíbrio inicial contratual, ocasionada pelas denominadas cláusulas exorbitantes: “Afinal de contas, além de sumariamente conceber posição privilegiada ao Estado, impor à outra parte condições que poderiam ser negociadas significa trazer a efeito a única maneira que o particular possui para se defender deste desproporcional desequilíbrio: o aumento do preço de sua oferta. Acaba-se por inverter o resultado do que foi planejado pela Administração, uma vez que se assume desnecessariamente, com recursos públicos, um ônus, qual seja: o valor do risco de se contratar com a Administração Pública.” (SCHIEFLER, 2011, p. 42)

insumos, mão-de-obra e outros fatores da produção. Também abrange verbas destinadas a compensar eventos futuros e previsíveis. Mais ainda, a própria insegurança sobre a evolução dos fatos futuros traduz-se nos preços. Daí se segue que a ampliação dos riscos de um empreendimento qualquer se traduz na ampliação de seus custos.

A conclusão é que o contrato de concessão derivado de um bom planejamento é um contrato mais eficiente, pois os custos de transação, envolvendo os eventuais riscos do contrato, são mitigados. Por ser mais eficiente, é mais afeito ao interesse público e à correspondência ao direito fundamental à boa administração.

Um projeto mais bem planejado origina um contrato ajustado aos interesses das partes. Como nos contratos de concessão comum e de parceria público-privada existem três sujeitos principais (Administração Pública, concessionário e usuário), um contrato bem ajustado aos interesses das partes é potencialmente mais ajustado ao interesse público.

Esse é o porquê do planejar. É por isso que se deve, sempre, se preocupar em encontrar os meios para se estruturar esses contratos adequadamente. Essa é uma das principais vantagens teóricas que se pode inferir do Procedimento de Manifestação de Interesse, instrumento de cooperação com os particulares interessados que tem aptidão para mitigar a necessidade de revisões e aditamentos contratuais.

Acredita-se, com ênfase, que a boa estruturação do projeto – que se dá mediante a harmonização dos interesses dos sujeitos envolvidos – é requisito para empregar maior eficiência à prestação de serviços de interesse coletivo, garantindo, assim, os meios necessários ao atingimento de um maior bem-estar dos indivíduos.

3.2.2 Um destaque para a correlação entre o bom planejamento e a segurança jurídica dos contratos de concessão comum e de parceria público-privada

A segurança jurídica é um princípio de direito que decorre da essência do Estado Democrático de Direito e atualmente encontra-se entabulada pela Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, norma que serve como parâmetro para as atividades administrativas brasileiras.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012a) classifica os dois sentidos para o princípio da segurança jurídica: “um, objetivo, significando a estabilidade das relações jurídicas, e outro, subjetivo, conhecido como princípio da proteção da confiança ou princípio da confiança legítima”.

Em seu aspecto objetivo, como *estabilidade das relações jurídicas*, o princípio da segurança jurídica foi há muito tempo reconhecido como princípio geral de direito, estando nas bases de institutos como prescrição, decadência, usucapião, irretroatividade das leis, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito (DI PIETRO, 2012a).

Em seu aspecto subjetivo, como *proteção da confiança legítima*, que não raramente é versado com autonomia perante o princípio da segurança jurídica, é valor que compartilha da mesma *constelação axiológica* da boa-fé, da lealdade, da lisura, da ética nos negócios e da estabilidade das relações jurídicas. Como ensina Almiro do Couto e Silva (2005, p. 3), a proteção da confiança legítima determina ao Estado que não altere a sua conduta ou modifique atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais. E, caso haja alguma alteração em confronto a uma confiança legitimamente depositada, atribui-lhe consequências patrimoniais, em favor dos particulares que não tiveram a sua crença correspondida.

As delegações de utilidades públicas configuram-se como instrumentos político-jurídicos cujo bom sucesso requer a mais alta segurança jurídica, em ambos os seus aspectos (subjetivo e objetivo). O êxito das delegações de utilidades públicas estão condicionados à *estabilidade das relações jurídicas* e à *proteção da confiança legítima*. O assunto vem à voga porque muito dessa segurança jurídica se deve ao momento preparatório desses contratos.

Toda a política pública existente por detrás desses contratos depende de um ambiente sobremaneira seguro sob o aspecto jurídico. É da função do direito prover a forma e a técnica para garantir essa segurança.

Isso porque a Administração Pública jamais conseguirá efetivamente captar recursos da iniciativa privada se houver insegurança quanto à sustentabilidade jurídica dos projetos. Não se suponha que a iniciativa privada – seja o concessionário, seja a entidade financiadora – aportarão recursos vultosos, essenciais para o desenvolvimento de infraestrutura no Brasil, se, por exemplo, houver risco considerável de suspensões da execução ou anulações dos contratos de concessão pelo Poder Judiciário.

Perceba-se que esses contratos são ferramentas pensadas para transferir algumas das grandes responsabilidades do Estado aos

particulares e, como tal, são instrumentos da mais alta expressividade social. Como se viu, a sua própria existência está vinculada com o fato de que o Estado não detém recursos financeiros técnicos e gerenciais suficientes para prover as suas missões. Logo, não há meios senão pela prestação em colaboração com os particulares.

O que se esperar de um projeto concessório que não se reveste de segurança jurídica? Nada além de um fracasso peremptório e a subsequente derrogação do interesse público.

O particular, *homem econômico* que é, jamais investirá seus recursos em negócios dubitáveis sem cobrar o respectivo custo pelos riscos, que será suprido pelo erário. A lógica a não ser sonegada é a da particular busca pela maximização do bem-estar a que todos os indivíduos são reféns, é da natureza das relações econômicas. E, tratando-se de negócios contratuais, o que se persegue é a maximização da riqueza, persegue-se o lucro em seus negócios.

Se há riscos demasiados, o parceiro privado elevará o seu preço. Se há riscos elevadíssimos, não participará do negócio, pois o preço ao qual estaria disposto a assumir o risco se tornaria incompatível com o que a Administração Pública ou os usuários estariam dispostos a pagar.

Como visto anteriormente, elaborar um projeto de concessão comum ou de parceria público-privada juridicamente seguro é dos mais relevantes desafios para a Administração Pública. Pois, como é da natureza econômica dos contratos que os riscos sejam traduzidos em custos, quanto maior o risco de insegurança jurídica, maiores serão os custos que os licitantes aportarão em suas propostas.

Absolutamente todos os riscos envolvidos num projeto de delegação de utilidades públicas resvalarão no interesse público, que perderá a sua incolumidade.

Não há como deixar de apontar que a maior parte das costumeiras falhas contratuais em contratos vultosos celebrados pela Administração Pública, que geram altos índices de renegociação ou até mesmo de rescisão contratuais, com o sequente abandono das obrigações, originam-se no momento de estruturação desses contratos.

E disso se origina também outro aspecto determinante para a insegurança jurídica dos contratos: a desconfiança dos órgãos de controle e do próprio Poder Judiciário a respeito das reais potencialidades para o atendimento ao interesse público.

Sendo perceptível a imensa dificuldade de se estabelecerem relações pacíficas e bem ajustadas pela via contratual, o levante ao Poder Judiciário para a resolução desses conflitos – o que por si já expressa uma ausência de cordialidade, consensualidade, lealdade e de confiança

recíproca entre os contratantes – ocasiona uma instabilidade regulatória sobre essas parcerias, até por divergências interpretativas sob o regime jurídico aplicável⁸⁰. Leia-se o comentário de Marcos Nóbrega (2012, p. 412):

Os exemplos vindos da América Latina mostram grande parte dos problemas dos contrato de PPP ocorrem durante a fase de execução contratual. Os contratados comumente falham em atender suas obrigações contratuais, derivando em uma alta incidência de renegociação contratual ou mesmo abandono das concessões. Entre esses problemas podemos citar uma deficiente formatação do contrato; procedimentos licitatórios que incentivam a indiscriminada busca pelo “menor preço” e dificuldades de *enforcement* pelo governo, além de fraco controle na avaliação dos resultados alcançados. Todos esses problemas são potencializados pela insegurança jurídica advinda da dificuldade do sistema jurídico entender a natureza e peculiaridades dos contratos de infraestrutura assim como da carente estabilidade regulatória.

Não se está aqui a defender que o Poder Judiciário seja complacente com eventuais ilegalidades que possam macular as licitações públicas e os contratos administrativos envolvendo as concessões. Ou, até mesmo, irregularidades sucedidas no Procedimento de Manifestação de Interesse. Pelo contrário. O que se defende é que os projetos de concessões comuns e de parcerias público-privadas sejam juridicamente sólidos.

A vigência desses contratos é demasiadamente longa e as consequências são em tudo graves para que irregularidades passem despercebidas do interesse público e, objetivamente, dos órgãos de controle. Aliás, os órgãos de controle têm, além de tudo, a nobre missão de indicar as linhas mestras para os agentes públicos.

⁸⁰ Anote-se, a esse respeito, o comentário de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 43): “Os profissionais sempre adotam o pressuposto retórico de que as respostas, para todos os casos, já estão escritas no Direito. Mas a verdade é que elas vêm das decisões das autoridades (judiciais ou administrativas), que precisam ser convencidas. As normas e a cultura do direito administrativo são depósitos onde se pode buscar argumentos para defender distintas posições.”

É recomendável que os projetos sejam estruturados com base em modelagens consideradas adequadas pelos Tribunais de Contas e pelos Tribunais de Justiça. Tudo com o objetivo de assegurar aos futuros empreendedores a qualidade jurídica dos projetos e, com isso, a qualidade dos contratos para o interesse público.

Insista-se que é relevantíssimo que os contratos de delegação de prestação de utilidades públicas sejam juridicamente bem assentados. Leia-se o comentário de Marçal Justen Filho (2003, p. 201):

Do ponto de vista jurídico, pactua-se contratação com prazos usualmente longos (especialmente quando se tratar de concessão). Isso importa necessidade de avaliação de todas as questões jurídicas. O contrato deve ser bem elaborado, albergando soluções para circunstâncias cuja ocorrência seja previsível.

Nesse cenário é que se insere o Procedimento de Manifestação de Interesse, imbuído dessa tarefa de conferir segurança jurídica às delegações de utilidades públicas. É que “a ampla discussão entre todos os envolvidos previne futuros questionamentos judiciais (embora não os afaste totalmente).” O diálogo confere maior legitimidade às decisões que são tomadas ao longo da estruturação da concessão comum ou da parceria público-privada, o que se desdobra em maior segurança jurídica. (SCHWIND, 2005, p. 318)

Para o que interessa ao presente, que é justamente apresentar um instituto que vem a colaborar com a definição da estrutura jurídica do projeto, convém perceber que a segurança que se defende necessária aos contratos de concessão comum e de parceria público-privada perpassa e está entranhada com o planejamento adequado da licitação pública e do próprio contrato. Mais uma vez, aproveita-se das judiciosas lições de Marçal Justen Filho (2003, p. 203):

A negligência no desenvolvimento dessa etapa interna refletir-se-á numa licitação mal concebida, a qual propiciará litígios e impasses. Na grande maioria dos casos de conflitos judiciais, a frustração da conclusão do certame e a ampliação da litigiosidade derivam da ausência de suficiente e adequada preparação da licitação. Ademais disso, uma preparação insuficiente da Administração refletir-se-á numa contratação eivada de dificuldades e problemas.

Enfim, não seria exagero afirmar que, em matéria de concessões (mais do que em outros setores), a grande sabedoria reside na prevenção de litígios e eliminação de dificuldades. Para obter tal resultado, é imprescindível dedicar à etapa interna preliminar a atenção adequada e necessária.

Por fim, convém alertar que a realização de licitações públicas defeituosas de concessões comuns ou parcerias público-privadas sem viabilidade, promovidas de forma açodada, sem as devidas cautelas, comportam a responsabilidade civil do Estado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204), em virtude dos notórios danos que podem causar aos usuários, aos licitantes e aos concessionários. E, a final, toda responsabilidade civil do Estado, quando não reembolsada pelos responsáveis, é custeada pelos particulares-contribuintes, razão pela qual, com ainda maior ênfase, se demandam projetos juridicamente estáveis e que correspondam às confianças legitimamente depositadas pelas partes (Administração Pública, concessionário e usuários).

Dessa sorte, cumpre destacar duas das principais conclusões a respeito do planejamento dos projetos de delegação das utilidades públicas: (i) o planejamento adequado e seguro das concessões comuns e das parcerias público-privadas é condição para que a Administração Pública consiga atingir seu propósito dar eficácia aos direitos fundamentais por meio da delegação de utilidades públicas, e representa a primeira etapa a ser observada nesse processo; e (ii) o propósito e o potencial do Procedimento de Manifestação de Interesse é justamente contribuir com essa etapa preparatória e, com isso, corroborar com os desígnios da Administração Pública e com o interesse público.

Antes de se conhecer as formas tradicionais de estruturação das delegações de utilidades públicas e de se compreender um pouco mais a função de complementariedade do Procedimento de Manifestação de Interesse, reputa-se conveniente apresentar um breve relato sobre algumas formas de estruturação de licitações públicas utilizadas na Europa do século XX.

O objetivo com este resgate histórico, como aquele que se empreendeu no primeiro capítulo, é que se possa internalizar o quão árdua e o quão crítica é a missão de planejar o melhor método para se encontrar a proposta mais conforme ao interesse público.

Embora não seja comum recorrer à história para apresentar institutos de direito administrativo mais jovens, essa parece uma forma adequada para perceber os porquês da reiterada busca por formas

apropriadas de efetivar as missões do Estado em colaboração com os particulares.

3.2.3 A histórica dificuldade para se planejar a busca pela melhor proposta em licitação pública. O relato secular de A. P. Ducret.

Em tese, afigura-se simples: são dois os critérios fundamentais que devem nortear a Administração Pública quando da modelagem de uma licitação pública, seja ou não um projeto de concessão.

Em primeiro lugar, o processo licitatório deve ser estruturado de forma que receba somente participantes capacitados para prestar o serviço pretendido com a qualidade adequada. Em segundo lugar, o certame deve contar com o máximo possível de competição entre esses participantes. Adicione-se a isso, expressamente, o que está implícito, que há o dever de promover o certame com isonomia. É o comentário de Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p.10):

[...] há duas preocupações fundamentais que devem presidir a estruturação de qualquer edital de licitação: a primeira é encorajar a entrada no procedimento de licitação de participantes capazes de prestar os serviços adequadamente. [...]

A segunda preocupação é maximizar a concorrência entre os participantes capazes de prestar o serviço adequadamente, evitando estruturas de licitação que deixem espaço para a ocorrência de situações inibidoras da competição, como conluio, captura ou corrupção, e barreiras de entradas desnecessárias.

A história conta, contudo, que dar vida real à teoria não se faz sem esforço. Como complemento ao *problema do planejamento*, apresenta-se um apanhado encontrado na obra de A. P. Ducret, que explicita como a busca pelas melhores propostas para o interesse público, em licitação pública, não é assunto recente, simples ou pacífico.

Em 1955, o engenheiro A. P. Ducret, então Secretário-Geral da Federal Internacional de Edificações e Obras Públicas da França, publicou a obra “Evolução dos métodos de licitação de obras públicas em diversos países”, traduzido três décadas depois para a Língua Portuguesa por Fernando Viola Reis Dias (1984).

A obra é riquíssima em material histórico e, a certa altura, chama a atenção pela descrição dos diferentes métodos de julgamento de licitação pública empregados por países europeus. Em específico, a

difficuldade, não por falta de criatividade, para se planejar o critério a ser utilizado para a aferição da melhor proposta. Embora os critérios de julgamento sejam definidos pela legislação e não se encontrem à disposição de sugestão dos participantes em Procedimento de Manifestação de Interesse, o retrato histórico denota a importância que deve ser destinada ao momento de elaboração do certame.

Ducret (1984, p. 29-40) apresenta, em primeiro lugar, o sistema comumente utilizado e semelhante ao que se tem hoje: adjudicação ao proponente que oferecia o maior desconto sobre o preço estimado pela Administração Pública. Neste, havia uma pré-seleção dos licitantes por parte da Administração Pública e, dentre eles, aquele que oferecesse o maior desconto sobre o preço estimado, era contratado.

O sistema, todavia, comenta o autor, recebia muitas críticas, pois se dizia estar demasiadamente sujeito a especulações de mercado, calcada nas expectativas sobre a postura das autoridades competentes. O receio se confirmava no fato de que se podia observar que empresas lançavam preços muito baixos, justificados pelas expectativas de se tornarem conhecidas, de criarem fama com a Administração Pública, de receberem obras não previstas originariamente no projeto, de reajustarem o preço ao longo do contrato ou de simplesmente receberem dinheiro rápido para cobrir outras dívidas. Dizia-se que o sistema somente funcionaria se sua premissa fosse atendida em condições ideais – uma pré-seleção de licitantes efetivamente capazes de efetivar a obra com qualidade –, o que constituía a exceção, não a regra.

A primeira ideia para se evitar os preços excessivamente baixos, ou, insuficientes, comumente lançados nas licitações, então, foi a limitação do desconto máximo permitido. No entanto, o resultado dessa medida teria sido a limitação da concorrência e até a alta artificial dos preços. Passou-se a adotar, então, também, um limite de desconto mínimo, que determinava o preço máximo a ser pago. A medida foi criticada à época pelos fornecedores, que reclamavam da instituição de incentivo desproporcional aos descontos e condenavam a adjudicação em dois turnos, em que a Administração concedia nova oportunidade para os licitantes cobrirem o preço do primeiro vencedor. Chegou-se até mesmo a se empregar limites máximos e mínimos para os descontos, quando os questionamentos, então, passaram a ter como objeto os critérios para se estabelecerem os limites, como exalta Ducret (1984, p. 35).

Em continuidade ao seu apanhado, o autor resgata o sistema suíço de avaliação de preços em licitações públicas, segundo o qual a contratação pública deveria ser embasada pela definição do justo preço, que representaria o preço mais favorável possível à Administração

Pública, suficiente para garantir uma execução conforme as suas expectativas. Para definir o justo preço, a Administração Pública utilizava-se dos conhecimentos das associações de profissionais empreiteiros, que, antes do lançamento da licitação pública, apresentavam uma proposta padrão para servir de parâmetro de comparação com as propostas a serem apresentadas pelos licitantes. Após a entrega das propostas, a Administração Pública permitia ao licitante apresentar justificativas para os preços por si propostos, que seriam avaliados pela associação de profissionais que produziu a proposta padrão. A Administração Pública, ainda, poderia verificar a compatibilidade da proposta com o justo preço por meio de peritos neutros. Conforme a narrativa do autor, o sistema tinha bons resultados. (DUCRET, 1984, p. 35-48)

Outro método de verificação das propostas, bastante excêntrico, era denominado por “Sistema das Médias”, que também se encontrava em uso na Europa. Ducret (1984, p. 38-39) relata que eram descartadas as tentativas de se fixar previamente um preço justo ou os preços limites.

A fixação do limite era posterior e automática, resultante da média dos preços propostos pelos licitantes. A licitante vencedora era aquela que apresentasse a proposta mais aproximada da média obtida, para mais ou para menos, dentre todas as propostas. Como variante, para evitar o aumento dos preços, poder-se-ia aplicar o sistema de obtenção da média tomando-se como referência apenas a metade de propostas cujo valor era mais baixo, ou ainda, poder-se-ia excluir as propostas muito baixas ou muito altas e obter a média somente da parte central das propostas. As críticas ao sistema eram inúmeras e contundentes, sobretudo em relação à facilidade de se artificializar a média, à predisposição do sistema à prática de conluíus e à aproximação do certame a um sorteio, sem aptidão para considerar, de fato, qual seria a melhor proposta.

Na Itália, conforme Ducret (1984, p. 39-40), o sistema era ainda mais complexo. Extraía-se a média entre as propostas apresentadas e, em seguida, extraía-se nova média, entre a primeira e uma proposta lacrada oferecida pela própria Administração Pública. Poder-se-ia, também, contrastar a média das propostas apresentadas com a média dos limites máximo e mínimo apresentados pela Administração Pública. O licitante que oferecesse proposta que mais se aproximasse dessa média final, era declarado a vencedor.

Por fim, pela originalidade, vale a transcrição do relato de Ducret (1984, p. 40-41) a respeito do sistema de julgamento utilizado, à época, na Grécia:

O processo se desenvolve da seguinte forma. A comissão julgadora da licitação dispõe de um envelope contendo nove cédulas, numeradas de 2 a 12. Uma vez abertas as propostas, colocam-se as nove cédulas do envelope em uma urna e o Presidente da Comissão convida um dos proponentes a retirar da urna três cédulas. Somam-se os números inscritos nessas três cédulas e calcula-se a média aritmética. O número assim obtido constitui o que se chama de limite provisório dos descontos. Todo desconto superior a três vezes esse número acarreta a eliminação da proposta correspondente.

Uma vez feito isso, calcula-se a média dos descontos contidos nas propostas que não foram eliminadas e tira-se a média aritmética do número deste modo obtido e daquele que constitui o limite provisório antes definido. O novo número obtido constitui o limite definitivo e o adjudicatário é aquele que se aproxima mais, para mais ou para menos, desse número.

Em caso de haver propostas idênticas, a decisão se faz por sorteio.

Para sermos justos, é preciso acrescentar que este método só se aplica em se tratando de obras de importância relativamente pequena, e num setor em que a concorrência é extremamente acirrada, o que, aliás, constitui uma das razões principais para se justificar o emprego de tal sistema.

O autor reconheceu, qualquer que fosse o sistema adotado, que sempre haveria questionamentos extremamente difíceis de responder, sobretudo a respeito dos critérios de seleção (DUCRET, 1984, p. 35, 41-42).

Dúvidas que acometeram os estudiosos do assunto ao longo das épocas persistem até hoje. Embora, no mundo hodierno das licitações públicas, haja métodos presumidos mais adequados para julgar as propostas, em comparação com todos os métodos acima expostos, os questionamentos sobre os critérios e a objetividade que conferem para se alcançar o interesse público remanescem. Planejar uma licitação pública, ao que se conclui, não é tarefa das mais fáceis. Tem-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse é meio hábil a qualificar essa preparação.

3.2.4 As formas de estruturação das concessões comuns e das parcerias público-privadas e os instrumentos de diálogo público-privado já existentes

Neste tópico são apresentadas brevemente as duas formas mais tradicionais para a estruturação de um projeto de concessão comum ou de parceria público-privada: por meio do corpo técnico da Administração Pública e por meio de consultores técnicos especializados. Ambas formam os métodos clássicos, sobre os quais o Procedimento de Manifestação de Interesse oferece complementariedade.

Na sequência dessa breve apresentação, as prováveis inconveniências da estruturação por meio de licitação pública na modalidade de concurso. E, por fim, alguns meios de aproximação já existentes entre a Administração Pública e os particulares interessados em projetos de concessão comum e de parceria público-privada. São meios de aproximação, tal como o Procedimento de Manifestação de Interesse, em que é também possível dialogar a respeito da modelagem do projeto, antes da licitação pública, quais sejam: audiências públicas, consultas públicas e *road show*.

3.2.4.1 A estruturação do projeto por meio do corpo técnico da Administração Pública.

Este método consiste na estruturação do projeto por intermédio do próprio corpo técnico da Administração Pública, que se responsabiliza por todo o processo: desde a elaboração autônoma dos estudos e projetos até a consolidação da modelagem. É o método tradicional de elaboração da maior parte das licitações públicas e dos contratos administrativos.

Via de regra, quando os objetos desses contratos não requerem planejamento complexo e especializado, é suficiente e adequado que a própria Administração Pública responsabilize-se por empreendê-lo, o que realiza por meio de seu pessoal.

Para a maior parte dos órgãos e entidades da Administração Pública, contudo, essa forma de estruturação do projeto revela-se insuficiente para a modelagem de um projeto de concessão comum ou de parceria público-privada, especialmente em virtude da impossibilidade de se mobilizar pessoal em quantidade e com capacidade técnica compatíveis. Os projetos são complexos e requerem a assimilação de

informações técnico-científicas multidisciplinares. Exige-se também experiência e conhecimento do setor ao qual está ligada a utilidade pública a ser delegada. Demais disso, a elaboração dos estudos e projetos para estruturação de uma concessão envolve longos períodos de grande mobilização técnica⁸¹.

Considerando-se também a celeridade que os governantes costumam pretender imprimir a seus projetos, é sobremaneira improvável que a Administração Pública consiga atingir os seus propósitos sem o auxílio dos particulares. Por isso, requer-se frequentemente a colaboração de consultores especializados.

Entende-se ser mais conveniente à Administração Pública recorrer aos particulares do que incorporar quantidades expressivas de pessoal técnico especializado, tendo em vista que, via de regra, não são muitos os projetos de delegação de utilidades públicas que serão empreendidos por uma Administração específica. É a lógica do benefício da especialização do trabalho, que permeia as atividades-meio de cada setor econômico e da própria Administração Pública. Leia-se o comentário de Bruno Ramos Pereira:

Em muitos casos, não é eficiente ao poder público manter permanentemente contratada uma equipe de servidores especialistas em estruturação de projetos. Por exemplo, se não há muitos projetos a serem estruturados, a referida equipe ficaria ociosa e aos poucos perderia sua expertise. Além disso, os desafios na estruturação de projetos são diversos e envolvem múltiplas áreas do conhecimento, de modo que seria um desafio manter uma equipe de servidores em prontidão para dar conta da estruturação de projetos peculiares. Como regra, o que parece mais razoável é que o poder público se esforce para ter em seus quadros servidores especialistas na gestão de processos de estruturação de projetos (e, quando necessário, especialistas na estruturação propriamente dita). (2011, p. 10, nota 9)

⁸¹ Veja-se, neste sentido: “A estruturação ou a modelagem das concessões pressupõe um trabalho intenso, longo e profundo a respeito da viabilidade das obras e dos serviços que serão concedidos à iniciativa privada.” (PEREIRA, 2011, p. 3)

Como bem destaca o autor, é mais adequado que a Administração Pública mantenha em seus quadros especialistas na *gestão* dos processos de estruturação de projetos do que especialistas na *estruturação* propriamente dita.

Acresça-se a isso o argumento de que jamais a Administração Pública poderá desincumbir-se completamente do dever de estruturar o projeto. Não é consentido à Administração Pública delegar integralmente a função, pois, no mínimo, ao final terá de avaliar com profundidade a sua consistência, para poder julgar por sua conveniência e adequação⁸².

Mesmo que se utilize de outros métodos para elaborá-lo, deverá sempre verificar e motivar legitimamente se o projeto qualifica-se como a melhor opção para o interesse público. A responsabilidade última pela consistência do projeto perante a sociedade será da Administração Pública. Ainda que consiga ser indenizada economicamente pelo prejuízo, arrisca-se a um dano social irreparável⁸³.

Pela relevância que representa esta etapa prévia à concessão, Marçal Justen Filho (2003, p. 206) afirma haver um dever formal de se promover todos os levantamentos pertinentes pra a estruturação do projeto. É o que denomina por *dever de providência* da Administração Pública. Inclusive, por conta disso, a Administração Pública tem o dever de recorrer a consultores externos para dar suporte à modelagem caso se encontre desqualificada. O autor alerta, ainda, que será reprovável e viciada a conduta administrativa que infringir esse dever de promover todas as diligências pertinentes, o que deve conduzir inclusive à responsabilização do agente público e à possibilidade de impugnação da licitação pública.

A participação do corpo técnico da Administração Pública na estruturação do projeto é essencial. Afinal de contas, como explica Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 200): “Os agentes administrativos vivem a realidade da Administração Pública. Ninguém melhor do que eles para identificar o que é mais vantajoso para a Administração Pública.”. O autor arremata prudentemente que, por corolário, deve-se confiar nas decisões

⁸² Veja-se, por exemplo, que o parágrafo 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/1993 prescreve que a aprovação do projeto básico pela autoridade competente é uma das condições para o lançamento da licitação pública.

⁸³ O alerta é válido para o Procedimento de Manifestação de Interesse. Como bem indicam Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. vii), de nada adianta possuir um sistema para o recebimento de estudos dos particulares se as instituições responsáveis por empreender o projeto não estão bem estruturadas.

dos agentes administrativos, e não presumir pela desconfiança, sobretudo em atenção à presunção de legitimidade dos atos administrativos.

O corpo técnico da Administração Pública é que, em última análise, irá enfrentar as especificidades dos projetos. Como não há meio para se generalizar as decisões administrativas sem que se esteja diante de um caso concreto, sempre haverá a necessidade de acompanhamento permanente do corpo técnico da Administração Pública sobre a definição de seus projetos. Em outras palavras, não há como se definir *a priori* quais decisões deverão ser tomadas e, como as decisões devem ser bem concertadas com o interesse público, demanda-se a escolta permanente dos corpo técnico da Administração Público sobre a confecção do projeto.

Em projetos complexos, especialmente aqueles relacionados com infraestrutura, é comum que a Administração Pública, desacompanhada, encontre dificuldade para traduzir a melhor metodologia ou a melhor solução técnica para determinada necessidade. É que, quer queira ou não, a Administração Pública não é boa conhecedora de enredos no setor de infraestrutura ou de serviços especializados, ou, no mínimo, não é tão especializada como os particulares, cujas atividades são exclusivamente relacionadas com a matéria. Dessa sorte, é comum ocasiões que a Administração Pública não consiga sequer vislumbrar as soluções que seriam as mais adequadas para satisfazer suas necessidades.

Conquanto se saiba que nem todas as delegações de utilidade pública devem ser precedidas da elaboração de projeto básico, os comentários de Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 267) sobre o documento são pertinentes para toda a estruturação da concessão comum ou de parceria público-privada:

O projeto básico é documento técnico e deve ser elaborado por profissionais especializados. Quando se tratar de obras e serviços com alto grau de complexidade e o órgão administrativo considerar-se inábil a elaborar o projeto básico, deve, sob a fiança da prudência, contratar alguém ou empresa especializada, com conhecimentos adequados.

É reconhecer que existem algumas necessidades da coletividade, sob a responsabilidade da Administração Pública, que admitem distintas soluções e que há o dever perquiri-las todas, na medida do que for possível, pois podem ser mais adequadas.

Essas soluções todas, pela complexidade, não podem ser previamente e solitariamente classificadas pela Administração Pública

conforme uma escala de atendimento ao interesse público. Requer-se maiores informações e maiores levantamentos.

É possível que existam necessidades sobre as quais não haverá sequer convicção inicial a respeito do objeto capaz de satisfazê-las, restando apenas o objetivo perseguido. E a estruturação de um projeto de concessão comum ou de parceria público-privada depende, sobretudo, de uma definição apurada do objeto do contrato a ser celebrado. Novamente, o apoio das lições de Joel de Menezes Niebuhr:

A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a precaução, valendo-se a Administração de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar. (NIEBUHR, 2011, p. 261)

Por tais razões é que o ordenamento jurídico brasileiro confere à Administração Pública e aos particulares a oportunidade de alinharem interesses e experiência para a elaboração dos estudos prévios ao respectivo processo licitatório. Por conseguinte, Administração não está presa à estruturação de seus projetos pelo corpo técnico.

Em síntese, quando o nível de complexidade do objeto das licitações públicas é tamanho o tanto para que a Administração Pública não consiga por si elaborar a sua estruturação, deve buscar auxílio dos particulares especializados no ramo daquela atividade econômica.

Como se viu, nos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666, aqueles particulares que participaram dessa etapa prévia à licitação não podem concorrer ao certame. Nas concessões comuns e parcerias público-privadas, ao contrário, isso é permitido. A contribuição prévia dos candidatos à contratação da concessão é bem-vinda pela legislação brasileira. Assim, quando o objeto da licitação pública é complexo, incentiva-se que a Administração busque informações especializadas para definir e planejar a solução. E não se impede que o mesmo particular que presta as informações ou elabora os projetos seja aquele que irá celebrar o contrato.

Pode-se dizer que, no mais das vezes, a configuração dessas concessões são levadas a efeito por consultores técnicos contratados pela Administração Pública, especialmente porque é comum que haja escassez e complexidade de informações, o que dificulta a possibilidade de a

própria Administração Pública promover a estruturação do projeto por meio de seus agentes.

3.2.4.2 A estruturação por meio da contratação de consultores técnicos especializados.

Numa perspectiva também tradicional, a Administração Pública, quando sabedora de sua insuficiência, contrata consultores externos para elaborar os estudos pertinentes à concessão comum ou parceria público-privada.

Ou seja, a Administração Pública seleciona os particulares que oferecerão suporte à preparação das concessões públicas por intermédio de um processo ordinário de contratação pública, que pode se dar por um procedimento de licitação pública, pelas hipóteses de contratação direta ou, o que não é raro, por acordos de cooperação técnica financiados por entidades internacionais⁸⁴.

Um lado positivo do método de estruturação por consultores especializados é a relação contratante/contratado que a Administração Pública manterá com os desenvolvedores do projeto, o que lhe assegurará, desde que tenha capacidade de gerenciar seus contratos, maior imparcialidade do particular e efetividade em consignar os seus interesses no projeto.

Esse modelo de planejamento eventualmente requererá da Administração Pública a capacidade para gerenciar diferentes contratos com consultorias especializadas na prestação de serviços específicos, como os projetos de engenharia, os estudos econômico-financeiros e de modelagem jurídica. Ao final, como já foi registrado, deverá aferir a consistência de toda essa informação, momento em que também poderá sofrer dificuldades e talvez requeira o auxílio de especialista em gestão de estruturação de projetos, interno ou externo, para consolidar a estruturação final do projeto.

Uma desvantagem que se pode apontar deste modelo é a necessidade de comprometer o orçamento para a contratação das consultorias especializadas. É plausível supor que nem sempre a Administração Pública terá condições de assumir o investimento necessário para conduzir uma modelagem completa com consultores especializados. Diga-se, aliás, que o custo desses projetos é significativo.

⁸⁴ Cf. artigos 13, 25 e 46 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Tome-se como exemplo que o parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.977/2006, que regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse no âmbito federal, limita o ressarcimento para o conjunto de estudos e projetos em dois e meio por cento do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público-privada.

Tome-se, como exemplo, os custos máximos previstos para o eventual ressarcimento no Procedimento de Manifestação de Interesse, promovido pela Secretaria dos Portos da Presidência da República, para a estruturação do projeto de concessão de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias, estimados em sessenta e três milhões e oitocentos mil reais.

São custos de alçada milionária que, sobretudo para os entes federativos com menor capacidade econômica, dificilmente poderão ser recebidos sem maiores embaraços para o orçamento⁸⁵. Tanto é que, como se perceberá, a preferência da Administração Pública brasileira tem sido pelo Procedimento de Manifestação de Interesse – que repassa os custos ao vencedor da licitação pública.

3.2.4.3 As prováveis inconveniências da estruturação por meio de licitação pública na modalidade concurso.

É de se aventar a possibilidade de elaboração de projeto de concessão comum ou de parceria público-privada por meio de concurso. Todavia, pode-se anotar há uma considerável probabilidade de inviabilidade para empreender a estruturação do projeto por este método. É o que se passa a expor.

Concurso⁸⁶ é modalidade de licitação pública entre interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, por meio da

⁸⁵ Disponível em:

<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=6&data=15/03/2013>
Acesso em 30 mar. 2013

⁸⁶ O concurso é modalidade antiga de licitação pública. O francês A. P. Ducret, em 1955 (trad. 1984, p. 47), descreveu o concurso como modalidade excepcional de licitação para obras públicas utilizada à época na Europa. A Administração Pública apresentava o objeto do concurso e as empresas concorrentes traçavam uma solução técnica e um preço. Então, um júri, considerando ambos os quesitos,

instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores por parte da Administração Pública. A modalidade consta do parágrafo 4º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666. Os critérios para a seleção do trabalho devem ser inseridos no edital de convocação, que deve ser publicado com antecedência mínima de 45 dias. O julgamento é feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, conforme o parágrafo 5º do artigo 51 da Lei Federal nº 8.666/1993.

O prêmio ou a remuneração devida aos vencedores, portanto, não possui caráter de contraprestação pela prestação dos serviços, pois não são adquiridos como simples consequência do trabalho executado. O prêmio ou remuneração tem caráter de recompensa, de incentivo, de estímulo aos candidatos para a participação e para a competição.

Afora a desvantagem do comprometimento orçamentário, que é compartilhada com o método de estruturação pela contratação de consultores especializados, as desvantagens teóricas mais saltantes para desenvolvimento de modelagens com vistas à estruturação de concessões comuns ou parcerias público-privadas por meio de concurso são as seguintes: (i) no caso de concurso para a elaboração integral da estruturação da concessão, *o alto risco de um certame pouco competitivo*, haja vista a notória escassez de potenciais candidatos com capacidade para elaboração de projetos dessa complexidade e dispostos a fazê-lo sem previsão certa de retorno financeiro. Ainda, como os estudos exigem técnica multidisciplinar e os custos para a elaboração dos estudos são demasiado altos, *o prêmio deveria ser significativamente alto para contrabalancear os riscos a serem assumidos pelos candidatos*, o que redundaria na possibilidade de contratação comum de consultoria especializada, que não sofreria das próximas desvantagens; (ii) *a impossibilidade de diálogo entre a Administração Pública e os candidatos durante a elaboração dos estudos e projetos*, que é fundamental para o alinhamento do projeto aos interesses pretendidos. Como o material seria produzido durante a vacância competitiva, a

decidia qual era a melhor proposta e apresentava à autoridade competente para a contratação. A modalidade de licitação era utilizada nos casos em que os trabalhos exigiam escritórios de estudos especializados, pois envolviam projetos sobremaneira específicos, seja um material ou um processo incomum utilizado para a construção da obra. As críticas da época relatavam abusos pela subjetividade do certame e pelo mau pagamento, que por vezes não cobriam as despesas havidas com a elaboração dos estudos.

Administração Pública não poderia esclarecer dúvidas, solicitar relatórios ou contribuir com opiniões, pois estaria sujeita ao dever de absoluta isonomia e imparcialidade para com os candidatos, já que seria necessário declarar vencedores e perdedores. Trata-se de uma *modalidade de contratação e não de uma aproximação consensual e voluntária*. Com o distanciamento, haveria *menor probabilidade de que desses projetos resultassem modelagens adequadas* aos interesses da Administração Pública; (iii) justamente por não poder acompanhar a produção dos estudos e projetos, *a incerteza e a improbabilidade de que resulte do concurso material pronto e acabado* para ser utilizado na modelagem; (iv) a necessidade de que, caso não resulte material pronto e acabado, mas pelo menos material útil, seja feita *nova contratação para a modelagem final*; (v) a *inexistência de obrigação de prestar serviços consultivos por parte dos vencedores* sobre o trabalho apresentado e a consequente *insegurança jurídica que envolve a contratação de outros consultores* para editarem projetos de autoria de terceiros, pela impossibilidade de se transferirem os direitos autorais morais desses projetos; (vi) o comprometimento orçamentário pelo *ônus de ter que declarar e remunerar um vencedor independentemente da efetividade do concurso* para a modelagem final; (vii) a *dificuldade para se estabelecerem critérios objetivos para o julgamento* do certame; (viii) a *dificuldade para se montar uma comissão especial integrada por pessoas reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria sem ter que despender recursos para a contratação de especialistas*.

É de se imaginar que algumas dessas desvantagens poderiam ser contornadas, mas, de toda sorte, vê-se que pululam os motivos para não se recomendar a utilização da modalidade de concurso para a modelagem de concessões comuns e de parcerias público-privadas.

Aliás, não parece ter sido para projetos como esse que tal modalidade de licitação pública foi criada⁸⁷. Se a Administração Pública pretende contratar os projetos, o mais adequado será contratar a *elaboração* dos projetos, mediante os serviços de consultorias especializadas, especialmente pelo seu aspecto consultivo.

⁸⁷ Mais adiante será retomada a discussão a respeito das proximidades do Procedimento de Manifestação de Interesse e a licitação na modalidade concurso. Ver 5.1.4.2 *A elaboração de estudos e projetos para a modelagem da concessão pelos particulares interessados não requer licitação pública na modalidade concurso*.

3.2.4.4 Outros instrumentos de aproximação entre a Administração Pública e os particulares no planejamento das concessões comuns e parcerias público-privadas

Como já anotado, Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p. 38-39) ensina que são duas as preocupações fundamentais na modelagem das concessões comuns ou de parcerias público-privadas: (i) o incentivo à participação na licitação de agentes capazes de prestar o serviço com a qualidade adequada e; (ii) a maximização da concorrência entre eles.

Para que possa haver alguma concorrência, é conveniente que a Administração Pública logre êxito em incentivar apropriadamente a participação dos licitantes qualificados para a delegação. Assim, deve preocupar-se em criar condições adequadas de qualificação, que não dificultem a participação daqueles interessados capazes. Junto com isso, deve efetivamente promover o projeto, para angariar o maior número de interessados. Para fazer isso, uma das ferramentas é levar informações relevantes aos potenciais participantes.

Acrescenta o autor, ainda, que a promoção do projeto basicamente envolve três formas de divulgação: (i) a publicação dos estudos; (ii) a realização de consultas e audiências públicas; e (iii) a realização de “*road show*” do projeto. Afora a publicação dos estudos, que é ato unilateral, os outros itens referem-se a formas de aproximação da Administração Pública e dos particulares.

Isso denota que a aproximação da Administração Pública com os particulares no planejamento delegações de utilidades públicas é processo iniciado no ordenamento.

Já existem instrumentos de cooperação que permitem aos particulares acederem aos projetos antes do lançamento da licitação pública.

Tais instrumentos, dentre eles, pois, o Procedimento de Manifestação de Interesse, adequam-se a essa função de incentivo à participação na licitação e de maximização da concorrência entre eles, pois conferem maior publicidade ao projeto, em momento anterior ao lançamento, e permitem a influência de interesses outros que não somente os da Administração Pública.

3.2.4.4.1 As audiências públicas e as consultas públicas

Tal como o Procedimento de Manifestação de Interesse, as audiências públicas e as consultas públicas também permitem a participação dos particulares na definição do projeto de concessão comum ou de parceria público-privada.

As audiências públicas referentes a esses projetos consistem na realização de sessões públicas abertas aos interessados e voltadas ao esclarecimento e à discussão da documentação envolvida no edital da futura licitação pública. A audiência pública possui caráter consultivo ou meramente opinativo e reveste-se de informalidade e de oralidade (PEREZ, 2004, p. 168). A sessão é realizada em momento anterior à tomada de decisões definitivas sobre a modelagem final do projeto. Destaque-se que em casos de obrigatoriedade de sua promoção, o trespasse dessa etapa contaminará o que sobrevir do processo administrativo. Na esteira do que ensina Marcos Augustos Perez (2005, p. 169):

No direito brasileiro, nos casos especificados em lei, a falta de realização de audiência pública, previamente à decisão administrativa, invalida todo o procedimento administrativo, ou os atos que sucederam a omissão da Administração Pública. A realização de audiência pública é formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa.

A obrigatoriedade de realização de audiência pública, para o que interessa, se dará quando o valor estimado para a licitação pública superar cento e cinquenta milhões de reais⁸⁸. Embora a Lei Federal nº 8.987/1995

⁸⁸ É da leitura combinada do artigo 39 com o inciso I do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/1993:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: [...]

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); [...]

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista

tenha silenciado a respeito da aplicabilidade do artigo 39 da Lei Federal nº 8.666/1993, que determina a realização de audiência pública nos termos citados acima, a melhor hermenêutica dá azo ao entendimento de que o dispositivo é plenamente aplicável às concessões, tendo em vista a subsidiariedade da norma geral de licitações, a ausência de previsão equivalente e o fato de que a regra aplica-se à mesma modalidade licitatória a qual estão sujeitas as concessões. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 210-211) O raciocínio acompanha a Lei Federal nº 11.079/2004 e as parcerias público-privadas.

Nada impede e é até recomendável que, mesmo nos casos não obrigatórios, por juízo de faculdade da Administração Pública sejam realizadas audiências públicas para se debater o projeto de concessão comum ou de parceria público-privada, o que é referendado pelo artigo 32 da Lei Federal nº 9.784/1999⁸⁹.

Por sua vez, as consultas públicas caracterizam-se, igualmente, como instituto de participação popular na Administração Pública. Assemelham-se às audiências públicas, diferenciando-se pelo caráter formal com que são conduzidas as participações dos particulares. Ao contrário delas, não há sessão pública para debate oral. Nas consultas públicas as participações dos particulares devem ser documentadas e a Administração Pública tem o dever de responder pública e motivadamente as eventuais sugestões e pedidos de esclarecimento⁹⁰. (PEREZ, 2005, p. 175-176)

A consulta pública é instrumento que visa a dar ampla publicidade e transparência à licitação pública. De igual sorte que as audiências

para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

⁸⁹ Lei Federal nº 9.784/1999

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁹⁰ Cf. parágrafo 2º do artigo 32 da Lei Federal nº 9.784/1999: “Art. 31 [...] §2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.”

públicas, aquelas são instrumentos de garantia da gestão democrática, previstos, inclusive, pelo *Estatuto das Cidades*⁹¹.

A submissão prévia à consulta pública em projeto de parceria público-privada é obrigatória e está prevista no inciso VI do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004⁹². A omissão desse dever conduz à nulidade do certame, trata-se de vício formal insanável. Não é suficiente que seja simplesmente estabelecido no edital a possibilidade de solicitação de esclarecimentos; a consulta pública deve ser perpetrada em momento anterior ao próprio lançamento do edital⁹³.

⁹¹ Lei Federal nº 10.257/2001

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...]

II – debates, audiências e consultas públicas;

⁹² Lei Federal nº 11.079/2005

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...]

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

⁹³ Veja-se neste sentido o Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

[...] LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 20/2007. [...] AUSÊNCIA DE CONSULTA PÚBLICA. VÍCIO INSANÁVEL. ART. 10, VI, DA LEI Nº 11.079/2004. NULIDADE DO CERTAME. [...] 2. A eventual realização, em 2003, de consulta pública em licitação anterior, com o mesmo objeto da presente licitação, além de não comprovada nos autos, não atende a exigência legal de realização prévia de consulta pública prevista no art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004, que visa tanto garantir a ampla publicidade das regras do edital e do contrato de parceria público-privada, quanto objetiva preservar a transparência do processo de contratação. 3. A previsão, no edital, que possibilita a solicitação de esclarecimentos sobre eventual omissão não supre a exigência de realização de consulta pública prévia para a abertura do processo licitatório, cuja ausência configura vício formal insanável. 4. Constatado o vício insanável na fase interna do certame, impõe-se o reconhecimento da nulidade da Concorrência Pública [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Reexame Necessário nº 0011162-09.2008.8.19.0001, Relator: Elton M. C. Leme, Data do Julgamento: 23/6/2010)

Nos projetos de parceria público-privada, é mandatório que a Administração Pública promova consulta pública, dando publicidade à minuta do edital e do contrato e fixando prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, críticas e solicitações de informações. Passado esse período, a Administração Pública deverá contar com no mínimo sete dias para respondê-las, antes de publicar o edital.

No caso de parcerias público-privadas cuja estimativa do valor total do contrato superar cento e cinquenta milhões de reais, a Administração Pública deverá promover tanto a audiência pública como a consulta pública, não sendo adequado entender que a consulta pública tem aptidão para absorver a necessidade de audiência pública. (PRADO, 2011, p. 51)

Destaque-se, em comparação com o Procedimento de Manifestação de Interesse, que não obstante as audiências públicas e as consultas públicas possam representar institutos de participação na preparação de concessões comuns e parcerias público-privadas, a intervenção do particular se dá em momento posterior à consolidação das modelagens, o que significa dizer que a possibilidade de influenciá-las com seus interesses é substancialmente reduzida. Além disso, o prazo mínimo fixado na lei não confere grande margem aos particulares – sejam usuários interessados, sejam entidades do terceiro setor, sejam pretensiosos licitantes.

Todo o projeto, notadamente complexo, terá de ser avaliado e, ainda, conformado às pretendidas alterações em tempo exíguo: no caso de audiência pública, em dez dias úteis, se não houver prazo superior; no caso de consulta pública, em trinta dias, se não houver prazo superior.

A agravante, no caso das consultas públicas, é que o material a ser obrigatoriamente disponibilizado para avaliação consiste somente na minuta de edital e de contrato. Esta peculiaridade pode levar a Administração Pública a não disponibilizar o restante do projeto, sobremaneira se for considerada a dificuldade e os custos de se publicar a íntegra de um projeto de concessão comum de parceria público-privada pelos meios previstos na lei – imprensa oficial, em jornais de grande circulação e sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

3.2.4.4.2 O *road show*

Outro instrumento de aproximação entre a Administração Pública e os particulares, o *road show* é expressão designada para o conjunto de

diligências cujo objetivo é o deslocamento físico de agentes públicos, em nome da Administração Pública, em busca de potenciais interessados no projeto da parceria público-privada, predeterminados ou não.

É uma atividade voluntária, não prevista em lei, em que a Administração Pública assume postura proativa para apresentar o seu projeto preliminar de parceria público-privada e reúne-se com potenciais licitantes. O instituto, cuja existência foi noticiada por Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 50), é por ele definido desta forma:

Consiste o “*road show*” na realização de reuniões isoladas com cada um dos principais potenciais participantes da licitação para: (a) atraí-los para participar da licitação; (b) solucionar suas dúvidas e questionamentos, em ambiente em que, sem a interferência de outros participantes, cada um se sinta à vontade para perguntar, sem medo, por exemplo, que a realização das suas perguntas e manifestações de preocupação revelem dados ou informações estratégicas, sigilosas, ou de alguma forma relevantes para a elaboração da sua propostas que poderiam eventualmente vir a ser utilizadas pelos outros participantes, lhes tirando eventuais vantagens; (c) entender o posicionamento do mercado, os diversos aspectos do projeto com os quais alguns ou todos os parceiros privados não estão confortáveis, e que se constituem em barreiras de entrada, ou que impactam de forma relevante o preço para a prestação do serviço objeto da PPP ou concessão, de maneira que o Poder Público possa, com essa informação, decidir se altera ou não as características do projeto antes da publicação final do edital. (RIBEIRO, 2011, p. 50)

O termo *road show* é originário do mundo dos negócios e representa as reuniões de empreendedores com outros potenciais investidores. O objetivo desses encontros é apresentar os benefícios de um investimento⁹⁴. É também termo que remonta a exposições itinerantes, apresentações agendadas ao longo de um período em locais diversos.

⁹⁴ Informação extraída em: <http://www.businessdictionary.com/definition/road-show.html> Acesso em: 10 mar. 2013.

O *road show* pode auxiliar a Administração Pública a encontrar potenciais interessados que pouco provavelmente se envolveriam com o projeto sem que fossem a ele apresentados. Embora a promoção de um *road show* implique custos que não podem ser ignorados, especialmente se compreender viagens internacionais e produção de material específico, os benefícios que advirão da maior competição poderão ser recompensadores. (FISCHER, 2012)

Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 52) indica que, em vez de reuniões com investidores específicos, também é possível que seja empreendido de maneira mais ampla, como:

[...] reuniões coletivas, setoriais, nos locais onde haja possíveis participantes da licitação, inclusive fora do Brasil, ou pode ser mais conveniente a realização de videoconferências, ou reuniões públicas na Bolsa de Valores ou associações comerciais ou de classe dentro ou fora do Brasil, enfim, onde seja mais fácil atrair a atenção dos agentes do setor.

Tem-se notícia de um *road show* promovido pela Comissão Europeia, órgão executivo da União Europeia, em que, a partir de junho de 2012, comissários apresentaram o programa de parceria público-privada FI-PPP (*Future Internet Public-Private Partnership*) para potenciais interessados em diferentes cidades europeias⁹⁵. Outro *road show* identificado referia-se a projeto de parceria público-privada sob a responsabilidade do governo australiano, por meio do qual a iniciativa privada foi convidada a investir em projetos de infraestrutura⁹⁶.

De parte da Administração Pública brasileira, sabe-se de apenas um *road show*, desenvolvido pela Secretaria do Desenvolvimento – SEDUR, do Estado da Bahia, em que o projeto de parceria público-privada do metrô de Salvador foi apresentado em Singapura, em busca de potenciais investidores. Foi produzido um documento sob o título de *road show*, em língua inglesa, com detalhes do projeto. Há notícia de que houve apresentação do projeto também em cidade brasileira⁹⁷.

⁹⁵ Informação extraída de: <http://www.fi-ppp.eu/fi-ppp-road-show-brussels-kick-off/> Acesso em: 10 mar. 2013.

⁹⁶ Informação extraída em: <http://business.inquirer.net/83106/australian-firms-seen-taking-part-in-ppp-program> Acesso em: 10 mar. 2013.

⁹⁷ Informações extraídas de: <http://homologa.sedur.ba.gov.br/governo-da-bahia->

Pois bem. O *road show* guarda alguma similitude com o Procedimento de Manifestação de Interesse, sobretudo porque também é instrumento inovador de aproximação entre a Administração e os particulares, em momento anterior ao lançamento do instrumento convocatório da licitação pública, quando mudanças ainda podem ser sugeridas à modelagem da concessão comum ou da parceria público-privada.

Muito por isso, todos os princípios concernentes a essa espécie de atividade são aplicáveis, com ênfase para o dever de ampla publicidade e de tratamento isonômico entre os potenciais licitantes. A Administração Pública deve dar notícia de que irá promover o *road show*, para que os interessados agendem reunião ou desloquem-se até o evento.

Ademais, em virtude do dever de observância da transparência, corolário do Estado Democrático de Direito, entende-se que todas essas reuniões devem ser abertas, em que pese isso possa ocasionar uma eventual perda de eficiência. É ônus que o Estado carrega em suas negociações por representar os interesses da coletividade, reger-se sob os valores e princípio constitucionais e submeter-se ao amplo controle social e dos órgãos oficiais. Essa questão será enfrentada mais especificamente no decorrer do trabalho, especialmente nos tópicos 4.3 *O desafio transparência radical sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse* e 5.4.6 *O período de acompanhamento da elaboração dos estudos e projetos*.

Por fim, cabe apontar que o *road show* distingue-se do Procedimento de Manifestação de Interesse por ser instituído em etapa posterior às definições básicas do projeto, ou seja, os particulares não manifestam os seus interesses previamente à confecção do projeto. Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 51) dá notícia de que o *road show* pode ser realizado na época da consulta pública, o que ocorre após a Administração Pública já deter uma versão completa do projeto, que estará, em sua visão, adequado para ser promovido. Isso não significa, no entanto, que eventuais modificações sejam vedadas após a ocorrência do *road show*. Alterações podem ser efetuadas desde que sejam devidamente motivadas.

3.3 A COMPLEMENTARIEDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE AO PROCESSO DE ESTRUTURAÇÃO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

A crise financeira que assola o país tem forçado, cada vez mais, a busca de soluções criativas para problemas para os quais o Estado não tem nem recursos nem idéias ou pessoal em quantidade suficiente para resolver.

(VILLELA SOUTO, 2005, p. 267)

O Procedimento de Manifestação de Interesse, antes de mais nada, é mais uma alternativa jurídica à disposição da Administração Pública. Mas não é alternativa em sentido clássico, que denota substituição: é uma alternativa complementar⁹⁸.

As formas tradicionais de estruturação das concessões e das parcerias público-privadas continuam válidas mesmo quando se promover o Procedimento de Manifestação de Interesse. A Administração Pública pode elaborar os seus estudos e projetos, de forma direta (servidores) ou indireta (consultores), para confrontar e amalgamar com o material elaborado em Procedimento de Manifestação de Interesse.

E essa característica de complementariedade é, por si, uma grande vantagem, pois antes de se estender a possibilidade deste planejamento ocorrer em colaboração com a iniciativa privada, a Administração Pública estava adstrita àquelas duas alternativas tradicionais, que se demonstraram por vezes insuficientes – a produção dos estudos pelos

⁹⁸ No sentido de que o planejamento das concessões por intermédio dos servidores públicos vinculados à Administração Pública, dos consultores externos especializados ou do Procedimento de Manifestação de Interesse podem ser complementares uns aos outros, leia-se Bruno Ramos Pereira (2011, p. 4):

“Tais estratégias não são excludentes entre si. O setor público pode distribuir o esforço de estruturação da concessão entre estas três possibilidades, fazendo com que os estudos produzidos pelos servidores públicos, pelos consultores externos e aqueles provenientes do PMI possam ser complementares uns em relação aos outros, permitindo que o setor público, quando da decisão final a respeito do modelo de negócio da concessão, tenha o máximo de informação possível como subsídio para a tomada de decisão sobre a concessão, que é formalizada pela publicação do edital de licitação.”

próprios servidores públicos do poder concedente e a produção de estudos por consultores especializados contratados para a prestação deste serviço.

Dessa sorte, desde que os princípios básicos de direito administrativo sejam respeitados em sua promoção, o Procedimento de Manifestação de Interesse não representará risco prejuízo ao interesse público; caso não seja proveitoso – suponha-se, por exemplo, que nenhum interessado tenha manifestado interesse ou que os estudos e projetos não tenham sido produzidos a contento –, a Administração Pública poderá se valer dos seus métodos tradicionais. A tentativa de estruturação pelo Procedimento de Manifestação de Interesse não obrigatoriamente terá de ser exitosa e, nem por isso, resultará em malefício ao interesse público.

É em momento oportuno que exsurge esse instrumento. Pois que aflora e se generaliza, em tempos hodiernos, uma percepção em respeito à insuficiência dos métodos de planejamento das contratações públicas, o que é um problema grave e está na ordem do dia. O despreparo desses contratos não envolvem somente as concessões comuns e parcerias público-privadas, mas todas as espécies de contratos administrativos.

Um panorama contemporâneo a respeito da gestão das infraestruturas brasileira revela essa insuficiência e a correlação do mau planejamento com a má execução.

Identificaram-se, por meio do periódico *Anuário Exame Infraestrutura* (2012), dados que permitem inferir essa correlação. Por exemplo, lá consta a informação de que o projeto que está há mais tempo em andamento data da década de 1950. Trata-se do Perímetro de Irrigação Jaíba, em Minas Gerais, que tem como objetivo irrigar, com águas do rio São Francisco e do rio Verde, cem mil hectares de terra. Atualmente, o prazo previsto para a conclusão é o ano de 2017, quase setenta anos depois de sua concepção. Outra obra que retrata as dificuldades na gestão das infraestruturas se encontra no Rio Grande do Sul. Trata-se da pavimentação de um trecho de 9km da rodovia ERS-126. A obra está substancialmente atrasada: iniciou em 1990, com conclusão prevista para 2014 (2012, p. 22,24).

São contratos comuns que não tiveram uma etapa preparatória à altura de seus desígnios. Dito de outra forma, o planejamento inadequado da licitação pública tem dessas consequências.

Em entrevista concedida ao mesmo periódico, o vice-presidente da Fundação Getúlio Vargas, Sérgio Quintella (2012, p.20), afirmou que “[a] falta de um projeto de qualidade é uma das razões de algumas obras custarem duas ou três vezes o orçamento inicial”. Em análise de todas as 1200 maiores obras de infraestrutura do Brasil, nota-se que 44% delas já

tiveram o prazo de conclusão prorrogado, o que significa, no mínimo, que a execução dos projetos não seguiu à risca o planejado (2012, p. 84).

Marcos Nóbrega (2012, p. 406-410) comenta que a incompletude e a eficiência dos editais culminam em contratos mal elaborados. Como exemplo disso, o autor comenta que o grau de renegociação dos contratos de concessão celebrados na América Latina, nos primeiros dois anos de execução, é de 73%. Ora, se esses contratos de concessão precisam ser renegociados em seus dois primeiros anos, é porque não foram devidamente estruturados.

Como consequência desse panorama de insuficiência técnica dos contratos, não há como deixar de notar e anotar a enorme pressão que hoje sobrecarrega os agentes públicos para executarem a tarefa nada simples de bem planejar as formas de prestação dos serviços públicos e de viabilizar a respectiva infraestrutura. Leia-se neste sentido o comentário de Evandro Martins Guerra e Luís Emílio Pinheiro Naves (2013):

Exubera na imprensa e na experiência administrativa o despreparo de agentes públicos para planejamento consistente de programas e projetos estatais, além da perene insatisfação dos cidadãos com relação ao provimento dos serviços públicos, não obstante se imponha aos gestores de recursos do erário, constitucionalmente, a busca pela economicidade e pela eficiência.

Pode-se dizer que muito dessa percepção é originada pelas imperfeições no momento de estruturação dos contratos públicos. Há uma notória insatisfação com a qualidade com que são elaborados os projetos básicos e os termos de referência das licitações.

É problema dos mais graves, que representa um dos maiores entraves para o bom sucesso dos contratos administrativos brasileiros e para o bom desenvolvimento da economia e, por conseguinte, do garante dos direitos fundamentais.

Quando o estágio primordial da contratação pública não é devidamente cuidado, ou seja, quando não há o planejamento adequado, quando a sua estruturação é deficiente, as condições contratuais se tornam injustas e resultam em longas disputas judiciais, na maior parte das vezes resultantes em desfalques ao erário. É como bem registra Joel de Menezes Niebuhr à respeito das licitações públicas tradicionais (2011, p. 267):

O projeto básico deve ser elaborado com todo o cuidado e zelo. Projetos básicos mal elaborados são causa do insucesso de muitas empreitadas públicas, sobretudo de obras de grande porte que requerem

investimentos vultosos por parte da Administração Pública. Trata-se de túneis que alagam, prédios com problemas estruturais, barragens com rachaduras, etc., que geram prejuízos vultosos ao já combalido Erário Público.

Além disso, projetos básicos mal feitos alimentam a indústria dos aditivos contratuais. Ou seja, a Administração não estuda adequadamente as características do terreno ou da área da execução do contrato, não precisa adequadamente as especificações e o material, dimensiona de modo insuficiente os quantitativos e, posteriormente, depois de assinado o contrato, muitas vezes alertada pelo próprio contratado, vê-se forçada a alterar o objeto do contrato, promovendo aditivos de grande monta, jogo de planilhas e outras medidas que deveriam ser evitadas.

Conforme dantes se averbou, as insuficiências dos métodos tradicionais tornaram-se ainda mais perceptíveis a partir do momento em que a Administração Pública passou a demandar por projetos de alta complexidade, com objetos exigentes de estudos multidisciplinares, seja pelo alto custo para promovê-los mediante terceiros contratados, seja pela dificuldade de gerenciar inúmeros contratos especializados de forma concomitante, seja pela incapacidade técnica e numérica do seu pessoal, que não é – e nem se deve exigir que seja – suficientemente especializado para todas as tarefas necessárias, por exemplo, para estruturar uma concessão de serviços públicos.

Passou-se a se reconhecer que um meio mais eficiente seria destinar à Administração Pública a gerência estratégica desses projetos, mas não a minuciosa elaboração deles, que poderiam então ser todas terceirizadas. Noutros casos, a insuficiência dos modelos tradicionais de planejamento se revelou antes mesmo da etapa de detalhamento dos projetos: houve dificuldade na tradução da metodologia e da solução técnica mais adequada – atual, eficiente, inovadora, criativa – para satisfazer concretamente determinada necessidade pública.

Percebeu-se uma assimetria entre as condições técnicas da Administração Pública e as técnicas mais avançadas do mercado. Observou-se que em muitos setores o conhecimento técnico mais apurado, o *know-how* e a expertise, encontravam-se mais latentes no empreendedorismo dos particulares, que dominavam com mais habilidade as nuances de cada setor econômico.

Isso ocorreu em conjunto com o reconhecimento de que algumas necessidades da Administração Pública, como é da natureza das relações econômicas, admitem estruturas múltiplas de soluções, sobre as quais havia obstáculos técnicos e econômicos para a identificação espontânea pelo setor público sobre qual modelo deveria ser adotado para satisfazer o interesse público com mais efetividade. Exemplos desses projetos incluem as grandes obras de infraestrutura relacionadas com utilidades públicas indispensáveis, como rodovias, portos, aeroportos, energia elétrica, complexos militares, telecomunicações e obras de saneamento básico.

É diante dessa conjuntura que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser considerado como uma alternativa complementar, capaz de institucionalizar e tornar transparente o diálogo inevitável e mandatário entre a Administração Pública e os particulares. É objeto típico da moderna consensualidade que se busca ao direito administrativo, em que um *processo de negociação* precede os contratos e acordos com o intuito de discutir as bases sobre as quais serão celebrados. Mais que isso, técnicas consensuais, como o Procedimento de Manifestação de Interesse, vêm sendo empregadas na contemporaneidade na qualidade de “soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilidade de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008, p. 27, 32).

De mais a mais, como o ordenamento jurídico brasileiro descobriu-se compatível com esse procedimento administrativo de cooperação, hoje o Procedimento de Manifestação de Interesse é efetivamente empregado pela Administração Pública brasileira, como se verá no próximo tópico.

É de se supor que a demanda da Administração Pública por informações mais apuradas encontrou a oferta voluntária de estudos especializados dos particulares, decididos a influenciar a modelagem com seus interesses, que não são necessariamente são opostos ao interesse público. Pelo contrário, é momento de unificar os interesses compatíveis e legítimos em prol do interesse público, como é da natureza do direito administrativo do século XXI.

Dessa sorte, o Procedimento de Manifestação de Interesse representa a oportunidade de confeccionar os estudos prévios ao procedimento licitatório de forma compartilhada, cuja eficácia se mostra condicional à confecção de bons projetos.

Em outras palavras, é instrumento que tem o propósito de colaborar com complementariedade à etapa de estruturação das licitações públicas de concessões e vem a calhar justamente porque, atualmente, as formas

tradicionais de modelagem dessas delegações têm se revelado ao mesmo tempo insuficientes e, por efeito da aproximação do direito administrativo à Constituição Federal, abertas a instrumentos mais participativos.

3.4 O HISTÓRICO CRESCENTE DE LANÇAMENTOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL

A estruturação de concessões por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse pela Administração Pública brasileira é fato recente, cujos primeiros sinais surgiram no ano de 2005 e, com frequência cada vez maior, a partir da publicação do Decreto Federal 5.977/2006. Nada obstante a brevidade, a adesão pelos entes federativos atualmente, quase em meados de 2013, é verdadeiramente significativa.

Um dos poucos estudos de que se tem conhecimento sobre a prática do Procedimento de Manifestação de Interesse foi elaborado por Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado, publicado em setembro de 2012, em que os autores apresentam o resultado de uma pesquisa empírica a respeito do emprego do Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados e no Distrito Federal. Como conclusão analítica do relatório, os autores asseveram que o Procedimento de Manifestação de interesse “é o instrumento preferencial dos Estados para estruturar projetos de parceria público-privada (PPP)” (PEREIRA et al, 2012, p.3).

A pesquisa compreendeu o período de 2007 até setembro de 2012, e registrou a publicação de setenta e três Procedimentos de Manifestação de Interesse, distribuídos por dezessete das vinte e sete unidades da federação.

Os dados coletados informam uma maior intensidade de lançamentos do procedimento administrativo entre o ano de 2011 e setembro de 2012, quando foram detectados cinquenta e dois Procedimentos de Manifestação de Interesse, que representaram 71,23% da amostra. Os gráficos elaborados valem reprodução:

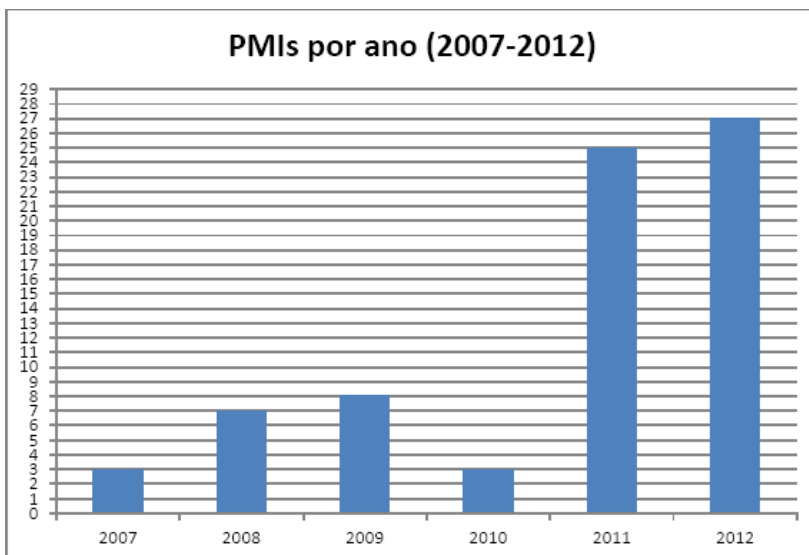


Gráfico 1 – Procedimentos de Manifestação de Interesse publicados no âmbito dos Estados e do Distrito Federal entre os anos de 2007 e setembro de 2012, por cada ano.

Fonte: PEREIRA et al, 2012, p. 11

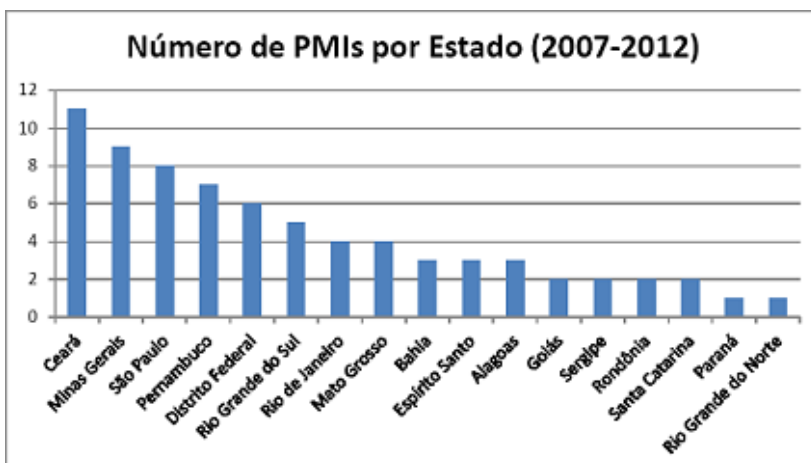


Gráfico 2 - Procedimentos de Manifestação de Interesse publicados no âmbito dos Estados e do Distrito Federal entre os anos de 2007 e setembro de 2012, por cada unidade da federação.

Fonte: PEREIRA et al, 2012, p. 15

Os autores identificaram que das dezessete unidades da federação, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, que promoveram algum Procedimento de Manifestação de Interesse entre 2007 e setembro de 2012, todas possuem lei própria para regulamentar as parcerias público-privadas e catorze delas regulamentação própria para o Procedimento de Manifestação de Interesse, com exceção do Distrito Federal, do Mato Grosso e do Rio Grande do Norte, cujos registros regulamentares não haviam sido encontrados.

De todo modo, durante o presente estudo, obteve-se acesso ao Decreto nº 28.196/2007, do Distrito Federal, e ao Decreto nº 21.377/2009, do Estado do Rio Grande do Norte, que também regulamentam o procedimento, o que aumenta a soma para dezesseis daqueles dezessete entes federativos. No Estado do Mato Grosso, foi detectada a Resolução nº CGPPP/MT/002/2012, que regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse para um projeto específico, pelo que é crível supor que seja a prática adotada pelo Estado.

Bruno Moraes Faria Monteiro Belém, em exposição sobre o tema, no Fórum de Gestão Pública em Santa Catarina (2013), destacou existir uma correlação entre os lançamentos de Procedimentos de Manifestação de Interesse e o início dos mandatos eletivos, momento em que os governantes buscam estruturar os seus projetos de delegação das utilidades públicas. Embora não se possa deduzir essa informação diretamente do relatório em comento, a hipótese reveste-se de grande plausibilidade. O autor também relata um notável crescimento da utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse nos municípios, o que é perceptível, sim, embora não se tenha encontrado estudo sistematizado sobre o assunto.

Outra informação relevante extraída do estudo empírico mencionado é que houve a identificação de nove contratos de parceria público-privada precedidos de Procedimento de Manifestação de Interesse ocorridos entre 2007 e 2009⁹⁹, época que contou com dezoito

⁹⁹ Os contratos celebrados envolveram cinco estádios (Arena Fonte Nova, em Salvador/BA; Estádio Plácido Aderaldo Castelo – Castelão, em Fortaleza/CE; Complexo do Mineirão, em Belo Horizonte/MG, Estádio das Dunas – Novo Machado, em Natal/RN e Arena Multiuso da Copa de 2014 de Recife/PE), um conjunto habitacional (Distrito Federal), um centro integrado de ressocialização (Itaquitinga/PE), uma unidade de atendimento integrado (Estado de Minas Gerais) e um sistema de abastecimento de água (CASAL – Companhia de Saneamento de Alagoas).

lançamentos do procedimento. Considerando, pelos dados apresentados no estudo, que, em setembro de 2012, aquelas unidades da federação já haviam celebrado um total de dezoito contratos de parceria público-privada, sintetiza-se o seguinte: aqueles dezesseis Estados e o Distrito Federal já celebraram dezoito contratos na forma de parceria público-privada, sendo que nove desses foram precedidos de Procedimento de Manifestação de Interesse, de um total de dezoito Procedimentos de Manifestação de Interesse. O índice é alto: metade dos Procedimentos de Manifestação de Interesse apurados resultaram em contratos de parceria público-privada, o que representa metade de todos os contratos de parceria público-privada celebrados por esses dezesseis Estados e o Distrito Federal. (PEREIRA et al, 2012, 3-4, 19, 29-36)

Os autores também detectaram os dez setores econômicos sobre os quais foram promovidos os Procedimentos de Manifestação de Interesse. Na ocasião, desenvolveu-se o seguinte gráfico:

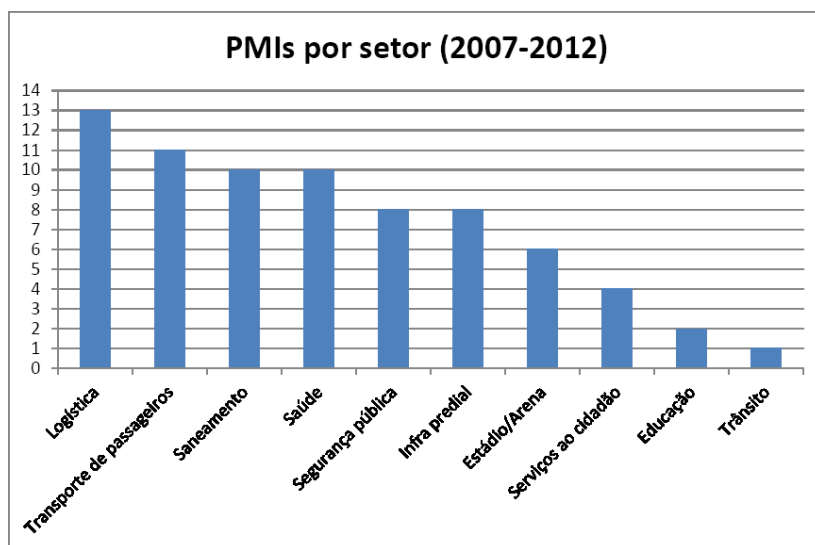


Gráfico 3 - Procedimentos de Manifestação de Interesse publicados no âmbito dos Estados e do Distrito Federal entre os anos de 2007 e setembro de 2012, por setor econômico.

Fonte: PEREIRA et al, 2012, p. 16

Fato é que o Procedimento de Manifestação de Interesse, a despeito de sua juventude jurídica, já é realidade em todos os âmbitos da Administração Pública brasileira.

Dá-se destaque, na sequência, a alguns Procedimentos de Manifestação de Interesse específicos, com caráter ilustrativo, sem pretender deduzir ementário exaustivo, apenas para exemplificar a possibilidade de sua utilização e para demonstrar como o instituto já vem sendo empregado pela Administração Pública em projetos de alta relevância para os interesses da coletividade.

A despeito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que faz uso do instituto e possui norma para discipliná-lo desde o ano de 1996, o seu emprego sistemático pela Administração Pública brasileira se deu a partir do final do ano de 2005, época em que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP lançou um Procedimento de Manifestação de Interesse para elaborar o projeto de parceria público-privada do Sistema Produtor Alto Tietê, com o objetivo de desenvolver estudos técnicos, econômicos e financeiros para a ampliação da capacidade de estação de tratamento e construção de adutoras do sistema produtor de água e outras utilidades¹⁰⁰. O procedimento deu origem à Concorrência Internacional SABESP CSS 6.651/06 e influenciou a propagação do instituto pela Administração Pública brasileira. À época, inexistia regulamento legal do instituto pelo Estado de São Paulo, sendo que todas as regras atinentes ao procedimento foram delimitadas especialmente para a ocasião.

A partir dessa experiência, o município de Pindamonhangaba lançou Procedimento de Manifestação de Interesse em janeiro de 2007, solicitando a participação dos particulares para a modelagem da concessão do sistema de saneamento básico do município¹⁰¹.

Outro caso ilustrativo foi promovido em janeiro de 2008, pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, que lançou o Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/08-SETOP¹⁰². O procedimento visava à estruturação de projetos de concessão, nas modalidades comum e/ou patrocinada de dezesseis lotes

¹⁰⁰ Informação extraída de:

[http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/A5E08D56FCECD29083257213001D193E/\\$File/carta_odebrecht_galvao_22_09_05.pdf](http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/A5E08D56FCECD29083257213001D193E/$File/carta_odebrecht_galvao_22_09_05.pdf) Acesso em 23 mar. 2013.

¹⁰¹ Disponível em:

http://www.pindamonhangaba.sp.gov.br/downloads/EDITAL_MANIFESTACA_O_SABESP.pdf Acesso em 23 mar. 2013.

¹⁰² Disponível em:

http://www.transportes.mg.gov.br/downloads/pmi_setop_001_08.pdf Acesso em 23 mar. 2013.

rodoviários. Ao total, sessenta e três particulares participaram do procedimento. A Administração Pública concedeu a eles a autorização para estudos das mais variadas áreas do conhecimento, especialmente da engenharia e econômico-financeiros. As manifestações deveriam ser consolidadas em um Plano de Negócios e conter, entre outros, apontamentos sobre o tráfego, a capacidade das rodovias, acidentes de trânsito, estado de conservação, avaliação das estruturas de apoio, do traçado e dos aspectos geológicos, análise de localização de praças de pedágio, condições de infraestrutura, plano de gestão ambiental, de exploração rodoviária, de estrutura tarifária e estimativa de receitas, análise de investimento, custos e viabilidade da concessão comum ou patrocinada.

Em janeiro de 2010, foi lançado o PMI SEPLAN nº 001/2010¹⁰³, promovido pelo Estado da Bahia, por intermédio da Secretaria do Planejamento estadual, com a participação de sete interessados. Este Procedimento de Manifestação de Interesse teve como objeto a realização de estudos técnicos preliminares e a elaboração do projeto de concessão, nas modalidades comum e/ou patrocinada, do Sistema Viário Salvador-Itaparica-Santo Antônio de Jesus, incluindo construção, manutenção e exploração de ponte ligando Salvador à Ilha de Itaparica, além de reformas na rodovia estadual BA 001 e trecho de ligação à BR 101.

O projeto da ponte baiana estima uma construção com 11,7 quilômetros de extensão e 27 metros de largura, com seis faixas de tráfego e duas pistas de acostamento. O orçamento calculado para a execução alcança a quantia de sete bilhões de reais e os estudos pertinentes ao procedimento não esgotaram o objeto, que, conforme previsão do próprio Estado, em razão de sua complexidade, ainda demandará estudos complementares até o ano de 2014, especialmente em relação aos impactos ambientais e à viabilidade técnica e econômica.

Também relacionado com a construção de pontes, em outubro de 2011, foi lançado no Ceará o Edital de Solicitação de Manifestação de Interesse nº 04/2011, por intermédio da Secretaria do Estado da Infraestrutura – SEINFRA. Este Procedimento de Manifestação de Interesse teve como objeto os estudos de viabilidade e modelagem para a

¹⁰³ Disponível em:

http://www.seplan.ba.gov.br/sgc/arquivos/20100315_161107_sistema_viario_o_este.pdf Acesso em 23 mar. 2013

construção, operação e manutenção da ponte estaiada sobre o rio Cocó, em regime de Parceria Público-Privada.

A Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, em agosto de 2011, editou a Resolução nº 013/2011 – GP¹⁰⁴, que dispôs sobre os procedimentos legais de registro, seleção e aprovação de estudos técnicos e projetos básicos que apontem alternativas para ampliação da capacidade de seus investimentos. Para este Procedimento de Manifestação de Interesse, a Companhia designou um grupo técnico de dez servidores, entre advogados, engenheiros, contadores, economista e administradores. Os estudos e projetos já foram entregues pelos participantes e atualmente aguardam a avaliação da entidade.

No Estado de Santa Catarina, em junho de 2011 o município de Itajaí lançou edital de Plano de Manifestação de Interesse para subsidiar os estudos para a construção e exploração do Complexo Náutico Ambiental – CNA do Porto de Itajaí¹⁰⁵. O projeto contemplava obras como estacionamento, heliponto, espaço comercial e de conveniências, piscina, guindastes e equipamentos para carga e descarga, pátio de manobras, hangar com vagas secas e molhadas, atracadouros, fingers, prédio administrativo e playground.

Nesta ocasião, conforme se conclui a partir da análise do edital e dos seus anexos, a administração portuária já havia realizado estudos prévios, buscando, portanto, tão somente, contribuições complementares, mas tributárias às condições já anteriormente definidas. Dentre os documentos que identificaram o objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse, já constavam especificidades sobre a estrutura de engenharia e uma síntese sobre o edital licitatório, incluindo-se, por exemplo, o prazo da concessão, condições técnico-financeiras de habilitação e requisitos para a participação dos consórcios. A Concorrência nº 072/11, decorrente deste procedimento, foi lançada em janeiro de 2012.

Ainda, em dezembro de 2011, outro Procedimento de Manifestação de Interesse foi promovido em território catarinense, dessa vez lançado pela SC Participações e Parcerias S/A – SCPar, a fim de receber informações, projetos e estudos relativos à implantação, gestão, operação e manutenção de centrais de atendimento ao cidadão no Estado de Santa Catarina. Este procedimento autorizou a produção de estudos

¹⁰⁴ Disponível em: <http://www.corsan.com.br/node/447> Acesso em 23 mar. 2013

¹⁰⁵ Informações em:

<http://www.diarinho.com.br/arquivos/editais/ZF4DU9TC.pdf> Acesso em: 23 mar. 2013.

mais amplos, que incluíram desde as linhas básicas do projeto (descrição, relevância, benefícios dele advindos, modelo de negócio), até a estimativa de investimentos e a projeção da contraprestação pecuniária demandada do ente público. Em 6 de março de 2013, após a coleta e a análise daquele procedimento e a constatação da necessidade de se aprofundar os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica do projeto, foi lançado novo Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI 001/2013), em andamento¹⁰⁶.

Dá-se destaque também aos Procedimentos de Manifestação de Interesse nº 001/2012 e nº 002/1012, promovidos pelo Estado de Santa Catarina, que também tratam de construção de uma ligação envolvendo a região insular da Ilha de Santa Catarina, em Florianópolis, e o continente, alcançando malha viária até a rodovia federal. O primeiro Procedimento de Manifestação de Interesse requereu dos interessados a apresentação de projeto de parceria público-privada para a estruturação da quarta ligação viária entre a Ilha de Santa Catarina e o continente. Com o término desse procedimento, deu-se origem ao Procedimento de Manifestação de Interesse nº 002/2012¹⁰⁷, que utilizou o conteúdo das doze propostas recebidas no Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2012 para formatar o termo de referência desse segundo procedimento, que se encontra em andamento. O segundo procedimento requalificou o objeto da futura concessão para buscar a melhoria/requalificação e/ou implantação de sistemas de transporte, visando à melhoria da mobilidade urbana e de acesso à região insular, com ênfase para o transporte coletivo.

Em janeiro de 2012, a Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro promoveu o Procedimento de Manifestação de Interesse nº 01/2012/CASACIVIL¹⁰⁸, convidando os interessados a desenvolverem estudos de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica para a estruturação do projeto de concessão administrativa para operação e manutenção, com a possibilidade de apresentação de sugestões

¹⁰⁶ Disponível em:

http://pmi0012013.files.wordpress.com/2013/03/aviso_pmi_centraisdeatendimento.pdf Acesso em 23 mar. 2013

¹⁰⁷ Disponível em:

http://www.scparcerias.sc.gov.br/pmi/upload/pmi_02_2012.pdf Acesso em 16 mar. 2013

¹⁰⁸ Disponível em: http://www.emop.rj.gov.br/bs_dinamica.asp?id=211 Acesso em 23 mar. 2013

de complementações físicas e adequações, do Complexo do Maracanã, que deu origem à licitação pública atualmente em desenvolvimento.

Em março de 2012, foi lançado Procedimento de Manifestação de Interesse pela Secretaria de Infraestrutura e Logística do Estado do Rio Grande do Sul. Pretendeu-se, com isso, angariar propostas para a elaboração de estudos técnicos, econômico-financeiros, jurídicos, e de viabilidade econômica e ambiental, destinados às modelagens para a estruturação e implantação do Projeto de Modernização da Estação Rodoviária de Porto Alegre¹⁰⁹.

Como sintoma mais recente do acentuado recurso ao instituto, registre-se que em 4 de março de 2013 o Governo Federal lançou dois Procedimentos de Manifestação de Interesse, solicitando estudos de viabilidade para projetos relacionados com as Forças Armadas (Avisos de Solicitação de Propostas nº 1/2013 e nº 2/2013)¹¹⁰. Em 15 de março de 2013, foi lançado um novo Procedimento de Manifestação de Interesse, desta feita para desenvolver estudos e projetos com vistas à preparação dos procedimentos licitatórios das concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias relacionadas nas quatro regiões do Brasil com litoral.

No Estado de São Paulo, desde setembro de 2012, já foram lançados quatro Procedimentos de Manifestação de Interesse, (Chamamentos Públicos nº 006/2012, 007/2012, 001/2013 e 001/2013)¹¹¹, envolvendo projetos de parceria público-privada para serviços de suporte a atividades decorrentes da fiscalização de trânsito, de complexo hospitalar, para implantação de trens intermunicipais e para a implantação e estruturação de processos logísticos e assistenciais de serviços de farmácia à população.

Em suma, parece que desde de 2011, a partir de quando diversos Estados (Bahia, Espírito Santo, Goiás, Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo) regulamentaram o Procedimento de Manifestação de

¹⁰⁹ Disponível em:

http://www.seinfra.rs.gov.br/upload/2012030211300302.12___edital_manifestacao_de_interesse_publico.pdf Acesso em 23 mar. 2013.

¹¹⁰ Disponível em:

http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/noticias/2013/130205_plan_convida.html Acesso em 23 mar. 2013.

¹¹¹ Disponível em:

[http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/Chamamentos%2005-03-2013\(1\).pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/Chamamentos%2005-03-2013(1).pdf) Acesso em 23 mar. 2013.

Interesse, o instituto passou a ser efetivamente considerado e incorporado como uma ferramenta moderna de modelagem das concessões comuns e parcerias público-privadas.

Somando-se os Procedimentos de Manifestação de Interesse promovidos pelos municípios e todos os demais procedimentos lançados após setembro de 2012, período que encerrou a pesquisa que levantou aqueles setenta e três contabilizados por Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012), é seguro asseverar que a Administração Pública brasileira já lançou mais de uma centena de procedimentos.

Supõe-se, com o apoio do material ora relatado, haver uma tendência, no Brasil, à estruturação de projetos de delegação das utilidades públicas por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse.

4 OS PROPÓSITOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE, OS SEUS POTENCIAIS RISCOS E O GRANDE DESAFIO DA TRANSPARÊNCIA

Neste capítulo são apresentados os propósitos fundamentais do Procedimento de Manifestação de Interesse. Em apertadíssima síntese: *favorecer a estruturação de projetos de delegação de utilidades públicas que potencializem a participação democrática e a eficiência dos futuros contratos.*

Defende-se que a processualização participativa da formação das decisões e dos projetos que darão ensejo às delegações de utilidades públicas tem potencial de maior eficiência e democracia, hábil a conformar e prover eficácia aos direitos fundamentais buscados pela Administração Pública por meio do expediente concessório.

Após a exposição das *potenciais vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse*, então, apresentam-se *os seus potenciais riscos*, com destaque para o *risco de captura do interesse público por interesses privados ilegítimos.*

Na sequência, como resposta primária a todos os potenciais riscos, defende-se *a observância radical de uma transparência ativa por parte da Administração Pública.* Elevou-se o pressuposto de transparência ao patamar de *grande desafio para a condução de Procedimentos de Manifestação de Interesse.*

Registre-se que não se olvida das condicionantes jurídicas para que os seus propósitos e as potenciais vantagens possam ser materializados. No próximo capítulo, então, será interpretada a regulamentação do instituto com vistas a atender fielmente o seu regime de direito público, com destaque para a harmonia que deve aos valores e princípios da Constituição Federal.

4.1 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO DEMOCRÁTICO E EFICIENTE DE CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1.1 A inevitabilidade do diálogo entre a Administração Pública e os particulares

Quer queira ou não, quer para o bem ou não, o oferecimento de auxílio intelectual, técnico e financeiro pelos particulares ao Estado,

munidos das mais variadas intenções, pelas mais variadas formas, é prática comum no Brasil e no resto do mundo; a solicitação desse auxílio pela Administração Pública também o é¹¹².

Aliás, é um fato que acompanha o Estado desde a sua concepção, é de sua natureza; o relacionamento dialógico entre o Estado e os particulares é objeto de estudo e razão de ser das mais variadas ciências. É da natureza do próprio direito administrativo, que cuida das normas regentes da função administrativa que, dentre todas as funções inerentes ao Estado, é a que mais envolve a aproximação com os particulares, já que tem repercussão imediata sobre os interesses da coletividade (MEDAUAR, 2012, p. 41).

Não há como sustentar a possibilidade de que, de alguma forma, seja impedida essa prática. Enquanto o Estado demandar projetos que envolvam a atuação dos particulares, sempre haverá entre eles uma aproximação para a sua modelagem (seja ou não para a delegação de uma utilidade pública; seja ou não de forma voluntária; seja ou não por meios legítimos).

É a tal inevitabilidade da aproximação entre a Administração Pública e os particulares, sobre a qual se reclama a institucionalização pelo direito administrativo.

Existem diferentes maneiras, níveis e propósitos para a aproximação entre o Estado e os particulares. Um desses propósitos, bem contemporâneo, é oferecer/receber auxílio para dar molde a projetos de delegação de utilidades públicas.

Pode-se afirmar que, caso não haja uma regulamentação para institucionalizar a forma com esse auxílio é prestado pelos particulares, os estudos e os projetos com vistas à estruturação de licitações públicas continuarão sendo oferecidos e aceitos pela Administração Pública, sem qualquer processualização, sem qualquer transparência, sem qualquer isonomia, sem qualquer controle – o que tende à corrupção e não guarda conformidade com o ordenamento. Afinal de contas, *o poder na medida em que é desregulado, isto é, desvestido de limites e vínculos a ele impostos pelo direito, é em si um mal* (FERRAJOLI, 2012, p. 24).

¹¹² Em outras palavras, como resumiu Norberto Bobbio, referindo-se ao intenso relacionamento entre os governantes e os governados, os primeiros em busca de votos e os segundos em busca de vantagens (1984, p. 141): “Agrade ou não agrade, o mercado político, no sentido preciso de relação generalizada de troca entre governantes e governados, é uma característica da democracia”.

Por outro lado, estabelecendo-se um regulamento apropriado, esses estudos e projetos com vistas à estruturação das licitações públicas para a delegação de utilidades públicas podem ser oferecidos e aceitos por meio de um procedimento administrativo participativo, devidamente regulamentado e condicionado à observância dos valores e princípios consagrados pela coletividade na Constituição Federal, especialmente a transparência, a participação social e a isonomia – o que evita ao máximo a corrupção. Este último modo é justamente para o que se apresenta o Procedimento de Manifestação de Interesse, cuja conformidade jurídica se busca interpretar neste ensaio¹¹³.

São inúmeras e inúmeras as denúncias por improbidade administrativa que poderiam ser evitadas – tanto as denúncias, quanto as improbidades – acaso houvesse um procedimento institucionalizado para o diálogo entre o agente público responsável pelas contratações e os particulares empreendedores interessados no negócio.

Esses diálogos prévios existem porque é natural que os contratantes conheçam as peculiaridades da oferta e da demanda antes de celebrarem acordos. O diálogo prévio a uma contratação é vantajoso, sobretudo por duas razões: para afinar a harmonia de interesses (econômicos e sociais) e para reduzir a assimetria informacional.

Rafael Wallbach Schwind, ainda em 2005, época em que não havia notícia do Procedimento de Manifestação de Interesse ou de qualquer outro instrumento análogo no Brasil, comentou (2005, p. 316):

É recomendável promover na prática um verdadeiro diálogo entre o setor público e o setor privado, o que influenciará decisivamente até mesmo a definição dos aspectos técnicos da parceria (questões financeiras, jurídicas, de engenharia, entre outras).

¹¹³ Entendimento análogo foi exposto por Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 333): “Note-se, ademais, que já é comum a realização de estudos e investigações de projetos deste tipo por particulares, que são muitas vezes de forma velada, ou simplesmente informalmente, oferecidos ao Poder Público como instrumento para demonstração de suas vantagens e estímulo ao engajamento na sua execução. Neste sentido, é conveniente que a regulamentação dos dispositivos mencionados confira o máximo de transparência ao procedimento para emissão da autorização, apresentação pelos entes privados dos estudos, levantamentos e investigações, aproveitamento deles pelo Poder Público para a confecção dos editais de licitação e inclusão nos editais da obrigação de ressarcimento pelos parceiros privados.”

Por um lado, esse diálogo entre os setores público e privado possibilitará a análise do problema sob os mais diversos ângulos. Assim, ampliam-se as chances de se obter substanciais ganhos de eficiência, incentiva-se a adoção de novas técnicas, enfim, criam-se condições para o desenvolvimento de uma Parceria Público-Privada que efetivamente pondere os interesses e sugestões de todos os envolvidos.

Mais adiante o autor conclui ser possível e recomendável que os estudos e projetos sejam formulados por meio de uma atuação coordenada envolvendo a Administração Pública e os particulares, o que levaria à ampliação dos ganhos de eficiência em paralelo ao afastamento dos “graves inconvenientes derivados da elaboração dos projetos após a contratação.” (SCHIWND, 2005, p. 318).

Ainda, em apoio ao que se defende, a lição de Marçal Justen Filho (2003, p. 204-205):

Ao invés de elaborar o ato convocatório em sigilo, muito mais adequado é obter informações e colocar em discussão pública as diferentes alternativas e opções. Produzir uma licitação não significa editar atos “contra” a comunidade ou a livre iniciativa. Por isso, impõe-se a audiência de todas as instâncias da sociedade civil, inclusive aquelas relacionadas aos potenciais usuários e à livre iniciativa.

Defende-se, portanto, como pressuposto fático e teórico a inevitabilidade do diálogo prévio à contratação pública. Não há possibilidade nem necessidade de que a Administração Pública estruture as suas contratações por conta própria e somente na licitação pública é que se relacione com os particulares empreendedores. Não é do bom feito administrativo estruturar contratos procedendo desta forma solitária.

É necessário conhecer bem os interesses daqueles com que uma parceria será celebrada. E para conhecê-los, dialogar é condição. Exposto o pressuposto, é momento de destacar os propósitos do Procedimento de Manifestação de Interesse, cujas efetivações compõem o seu objetivo de prover eficiência e democracia aos projetos concessórios.

4.1.2 A materialização de uma democracia participativa por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse

É fundamental implantar uma concepção democrática a propósito da elaboração do ato convocatório. Isso significa que a outorga da concessão reflete uma decisão da comunidade, cujos efeitos são relevantes para todas as partes envolvidas. Não se trata de uma manifestação arbitrária de poder político. Mais do que isso, não há sentido em manter as concepções tradicionalmente vigentes, em que a elaboração das condições da licitação é exercida pelo Estado como manifestação de uma espécie de *imperium* estatal, em que todas as intervenções privadas são tratadas como ofensiva insubordinação em face de um superior hierárquico. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204)

Dos seus propósitos, o quê democrático do Procedimento de Manifestação de Interesse é o mais nobre e o mais distante. Diz-se isso porque o potencial democrático do instituto é hoje pouco explorado, razão pela qual, também, é corriqueiro que a declinação de suas vantagens teóricas se restrinjam, nos estudos aplicados já elaborados, ao âmbito dos seus benefícios econômicos. Na prática, hoje, o que se percebe são os seus benefícios na seara da eficiência econômica dos contratos de concessão. Nada obstante, o caráter democrático é faceta inexplorada do instituto, cujo potencial sobreleva o risco de ser somente mais uma tentativa de se *democratizar a democracia* (SANTOS, 2002).

Há mais de seis décadas, mais precisamente no ano de 1941, Olavo Bilac Pinto (2002, p. 10) anunciava que o Estado brasileiro passava por grandes transformações estruturais, ensejadoras de uma inédita conversão da democracia, que de *estática e indiferente* passaria a *dinâmica e vigilante*. Tratava-se de momento histórico em que a intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico e na ordem social se dava cada vez mais ampla. Era momento em que se reconhecia a função social da propriedade e se substituía a *livre iniciativa* pela *ampla assistência ao trabalhador*, a fim de “evitar a luta de classes e para amparar os fracos, nas suas relações com os fortes.”. Leia-se o registro:

Paralelamente àqueles fatos [a intervenção estatal cada vez mais ampla], e em íntima

interdependência com eles, o nosso século vai assistindo a transformações substanciais na própria estrutura do Estado e na filosofia política que dominou, quase incontrastavelmente, até três décadas passadas.

A democracia, de estática, formal e indiferente, converte-se em democracia dinâmica, material e vigilante. (1941, p. 2)

De fato, era momento histórico. Contudo, para o grande pesar da sociedade brasileira, os próximos não ocorreram como o esperado. O tempo passou e não foi daquela vez que a democracia efetivamente *se democratizou*¹¹⁴. Aquela incipiente democracia, bem verdade, a história conta, ruiu com grande ênfase duas décadas depois.

Mas o que faz reparar a afirmação de Olavo Bilac Pinto é uma expectativa que hoje parece já não fazer mais sentido: asseverou-se que a democracia dinâmica, material e vigilante seria conferida pelo mero enrijecimento da intervenção do Estado.

Concebe-se, hoje, que a democracia, como regime de governo cujo âmago forma-se pelo *povo*, para se materializar, depende que o *povo* efetivamente exerça as suas prerrogativas para conduzir e governar o seu Estado. Não há mais como se sustentar que o simples fortalecimento do Estado conferirá materialidade à democracia. A lógica é outra: materializar a democracia significa aproximar o povo do Estado; significa aproximar o povo das tomadas de decisões que lhe dizem respeito.

É sabido que o processo democrático não pode se limitar à mera escolha de governantes (VILLELLA SOUTO, 2005, p. 268). Há uma reconhecida crise da democracia representativa, que por si não é capaz de reproduzir a soberania popular. Sobre essa insuficiência representativa, Piergiorgio Odifreddi (2010, p. 164-165), interpretando estudos econômicos e políticos, em especial o Teorema de Arrow¹¹⁵, comunica a

¹¹⁴ Até houve um sopro democrático com a Constituição de 1946, mas não tardou a chegar o 1º de abril de 1964. Para um sintético relato sobre a história da democracia brasileira, ver Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 104).

¹¹⁵ Kenneth Arrow, vencedor do prêmio Nobel de economia de 1972, demonstrou que as racionalidades individuais não se transferiam para uma racionalidade coletiva mediante sistemas de votação que conservassem os valores básicos da liberdade de escolha, dependência do voto, rejeição da ditadura e independência a alternativas irrelevantes. (ODIFREDDI, 2010, p. 162-163)

absoluta impossibilidade de que as preferências pessoais sejam transportadas para as opções sociais por meio dos sistemas de votações.

O propósito de superar o paradigma formal da representatividade e empreender um projeto materialmente democrático requer encontrar meios para que o Estado atue de forma responsiva à vontade geral do povo, o que é consectário da ideia de autogoverno coletivo (BINENBOJM, 2008, p. 30-31).

Dessa sorte, como forma de abrandar os efeitos da ausência de transitividade das opções individuais para a ordem social, revela-se imperativa a aproximação entre o Estado e os particulares.

Enquanto essa aproximação não se consumir e não se institucionalizar, não haverá como considerar a democracia materializada, dinâmica ou vigilante. Não haverá condições para que a soberania seja exercida pelos particulares. A eliminação do *poder invisível de autoridades ocultas, misteriosas (arcana imperii)* continuará a ser uma “promessa não cumprida pela democracia real em contraste com a ideal” (BOBBIO, 1986, p. 28). Para tanto, os *donos do poder* (FAORO, 2001) devem se despojar daquele que é compartilhado por todos: o poder soberano.

Como anota Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 75), a democracia meramente representativa promove o aceite da *forma vertical burocrática como forma exclusiva* da Administração Pública. *Democratizar a democracia* requer a complementariedade aprofundada entre a democracia representativa e a democracia participativa. Para tanto, os processos de representação e deliberação tradicionais podem e devem ser substituídos em parte pelo procedimentalismo participativo, pelas formas públicas de monitoramento dos governos e pelos processos de deliberação pública.

É que a jovem democracia brasileira só atravessou a primeira etapa de transição desde o autoritarismo até a soberania popular. O poder político brasileiro se qualifica como o que Guillermo O'Donnell (1994) denominou *democracia delegativa*: um regime nem autoritário como dantes se expressou, nem representativo como deveria se revelar, e incapaz de abordar com eficácia as suas crises sociais e econômicas. E, por isso, um regime que anseia pela etapa derradeira de sua transição democrática, que é mais extensa e completa, em que efetivamente a soberania popular se institucionaliza e se consolida. O requisito para se completar a travessia democrática, complementa o autor, é a construção de instituições que se convertam em centros decisórios dentro do fluxo do poder político, que se dediquem aos interesses superiores compartilhados pela coletividade. No mesmo sentido é o destaque de Gustavo Henrique

Justino de Oliveira (2010, p. 15), segundo o qual a estrutura administrativa brasileira ainda está “contaminada com resquícios antidemocráticos”, tendo em conta que “[i]números são os excessos autoritários cometidos por agentes públicos em todos os níveis da federação”.

A democracia vigilante, tal aquela enunciada e pretendida por Olavo Bilac Pinto (2002, p. 10), requer do cidadão a sua observação atenta, o seu alerta, a sua diligência, a sua cautela, a sua intervenção. A materialização da democracia demanda do cidadão o controle soberano, que hoje não há; reclama o apoio de instituições democráticas consolidadas, como deveria se revestir a Administração Pública brasileira.

Sucede que atualmente não há uma efetiva postura de vigília cidadã sobre o Estado nem sobre os interesses da coletividade por ele representados. Bem verdade, remanesce sem solução, ainda hoje, “[a] questão do controle público sobre o Estado”, que requer o “controle democrático da intervenção econômica e social do Estado” (BERCOVICI. 2010, p. 90).

Todavia – e apesar do aviso de que o homem costuma equivocarse e acreditar estar vivendo um momento histórico (!) –, o futuro a partir da segunda década do século XXI toma ares promissores.

Vive-se hoje em época que o direito administrativo deve ser e se propõe a ser mais dos *particulares* que do Estado, em que o direito serve a *cidadãos* e não a súditos. É época em que o direito é de *proteção* e de *prestação* e não de imposição, é mais voltado à *distribuição* que a solucionar conflitos, é direito mais *consensual* do que afeito à imperatividade (MOREIRA NETO, 2005, p. xv), é mais de “Estado regulador e prestacional redistributivo de oportunidades que ‘de governo’” (FREITAS, 2009, p.21) ¹¹⁶.

São os novos caminhos do direito administrativo no século XXI. Como bem pondera Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2010, p. 15), “os avanços dogmáticos do direito administrativo pátrio sinalizam para a

¹¹⁶ Para exemplificar a tendência consensual, foi com esse espírito que se assentou o seguinte inciso no Estatuto das Cidades:

“Lei Federal nº 10.257/2001 [...]”

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...]

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;”

necessária eclosão de uma Administração mais aberta e igualitária, comprometida com valores constitucionais fundamentais”.

Está-se diante de um dos maiores desafios da moderna democracia, “construir um modelo de governo baseado no controle institucionalizado exercido pelo povo soberano sobre os detentores do poder político.” (ALMEIDA e ZYMLER, 2008, p. 119).

A participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública é um valor que decorre da adoção do Estado Democrático de Direito, demandante de meios que viabilizem o exercício da soberania popular (DI PIETRO, 2002, p. 20). E já há consenso em direito administrativo sobre a imbricada relação entre a participação popular e a democratização do Estado (PEREZ, 2004, p. 19). É no sentido do que averba Marcos Jurueña Villela Souto (2005, p. 269):

Os administrados têm não só o direito, mas sobretudo, o dever de conduzir os rumos das ações estatais, como prescreve o art. 1º da Constituição Federal, tudo com vistas ao atendimento dos anseios sociais e dos objetivos estatais insculpidos no art. 3º da Lei Maior. Afinal, todo poder emana do povo e em seu nome e em seu proveito será exercido.

Dia após dia o cidadão toma maior consciência de seu direito reivindicatório. E essa noção se espraia pela sociedade em virtude da evolução dos meios de comunicação, especialmente a rede mundial de computadores. O cidadão reconhece-se como detentor do poder soberano e passa a exigir da Administração Pública um melhor desempenho de suas prerrogativas no propósito de efetivar os direitos propostos para a coletividade (MOTTA, 2007, p. 2).

Surtiu efeito aos cidadãos a lembrança de que o Estado “sobrevive e obtém seus recursos por meio da coerção e não de pagamentos voluntários.” (ROTHBARD, 2008). Dessa tomada de consciência, por si, resulta a legitimidade do levante popular em busca de eficiência na aplicação dos recursos públicos, bem como para o compartilhamento dos processos de tomada de decisões da Administração Pública.

É chegado o momento de reverter o descolamento entre o direito administrativo e o direito constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 2), que é pró-cidadão. Como se expôs anteriormente, é chegado o momento de fomentar o que habitualmente se denomina por *constitucionalização* do direito administrativo: a aproximação material do direito administrativo

aos propósitos da Constituição Federal e, com isso, o reconhecimento da soberania popular e da cidadania (DI PIETRO, 2012a).

É tempo de empregar controle de legitimidade material sobre os atos administrativos decisórios, exigindo-se eficiência e eficácia da Administração Pública, exigindo-se que zele pelo dever de “oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito” para as escolhas que envolvem os interesses da coletividade (FREITAS, 2009, p. 19-20). Afinal de contas, a *cidadania* é um dos fundamentos da república, assentado no altiplano do primeiro artigo da Constituição Federal.

Como consequência direta desse movimento democrático, a Administração Pública não pode mais deter exclusividade para a iniciativa ou para a definição das soluções para o interesse público, sobretudo em se tratando das utilidades públicas tão indispensáveis à coletividade. Essas soluções devem ser construídas de forma compartilhada com a sociedade.

É o destaque que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012b, p. 14) confere ao Estado Democrático de Direito, “que compreende o aspecto da participação do cidadão”. “O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.”.

Não é defender que os particulares tenham de concordar unanimemente com as soluções empreendidas pela Administração Pública ou que todas as decisões devam ser votadas em plebiscito, mas tão somente que as soluções sejam efetivamente harmônicas com o interesse da coletividade. É demandar da Administração Pública que procure e encontre respaldo de seus atos nos interesses daqueles que detêm o poder soberano.

Especialmente em relação aos interesses envolvidos nos processos de delegação de utilidades públicas, que são multilaterais e intergeracionais, as soluções e as decisões não podem ser construídas e delimitadas somente pelos governantes da vez. Essas delegações envolvem interesses que transcendem em muito os interesses da Administração Pública, envolvendo diretamente os interesses do concessionário, dos usuários atuais e dos usuários futuros.

Dentre esses todos, os usuários, os sujeitos principais, a quem os serviços são prestados, são os que se mantêm mais distantes de todo o processo de elaboração dos projetos de concessão comum ou de parceria público-privada. Não há mais como deixar de analisar e compatibilizar esses interesses desde a concepção do projeto. “A concepção de uma Parceria Público-Privada deve ser informada por uma noção democrática de Estado.” (SCHWIND, 2005, p. 316). Isso requer a construção de novos

desenhos institucionais e a atualização de “mecanismos que reduzam a defasagem governantes-governados.” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008, p. 27). Como há falhas de transitividade das preferências individuais no sistema representativo, a participação dos particulares não deve se restringir à prestação ou ao recebimento dos serviços, mas adentrar a própria concepção do empreendimento.

Isso significa que a Administração Pública deve permitir ou, preferencialmente, convocar os representantes da comunidade e os eventuais interessados em assumir a prestação dessa utilidade pública a participarem da elaboração do projeto (SCHWIND, 2005, p. 316).

E o meio adequado para tanto é o Procedimento de Manifestação de Interesse.

A faceta democrática do Procedimento de Manifestação de Interesse parece ainda não ter sido bem descoberta entre nós: é instituto de participação popular com potencial para ensejar participação e controle democrático sobre as etapas de modelagem das delegações de utilidades públicas. O instituto serve de arrimo teórico-procedimental para que vínculos sejam criados em tributo ao consenso, “mediante um prévio e necessário *processo de negociação*, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados *acordos e contratos*.” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008, p. 27).

O Procedimento de Manifestação de Interesse, ao conferir oportunidade de planejamento compartilhado com os particulares, expande as possibilidades de participação para além dos interesses econômicos – o que seria representado pelos interessados em explorar a concessão –, pois também confere a mesma oportunidade a interessados em outras matizes do projeto, sejam esses interesses sociais, ambientais ou políticos, que passam a também contar com tal oportunidade de planejamento compartilhado, no mínimo, para conhecer os projetos ou até para influenciar os seus meandros. E estender de forma ampla a oportunidade para colaborar com o planejamento de uma solução pública é um passo firme no sentido da materialização da democracia.

Nesse propósito, o Procedimento de Manifestação de Interesse é instituto que alicerça a sua legitimidade na aspiração dos particulares ao planejamento participativo das soluções públicas e no anseio por acesso e controle das informações de interesse público, dando vida à conclusão de que “os atos interventivos devem estar calcados no planejamento e este, por sua vez, deve refletir a vontade popular” (VILLELA SOUTO, 2005, p. 2).

Pode-se supor que o seu potencial de contribuição ao controle é equivalente à própria licitação pública. É por seu meio que se

institucionaliza o processo de contratação desde a origem do projeto. Nada mais passará ao largo dos particulares, que poderão observar e acompanhar o andamento da solução desde o nascedouro. Tudo documentado e acessível.

Aliás, a processualização da atividade administrativa vem ao encontro do propósito de sua democratização, pois concede oportunidade para formalizar em procedimento a formação da vontade administrativa, percebendo grau maior de consensualidade e de legitimidade às decisões da Administração Pública¹¹⁷.

Evita-se, assim, que o cidadão seja mantido refém do ato administrativo final, pronto e acabado, sem que lhe haja sido assegurado a possibilidade de conhecer as informações e as repercussões fáticas e jurídicas que decorreriam daquele projeto, quanto menos o direito de manifestar à Administração Pública os seus interesses (BINENBOJM, 2008, p. 31). Confere-se, enfim, legitimidade a todas as decisões, demandantes do “*resguardo da devida processualização administrativa*” (FREITAS, 2009, p. 21).

O procedimento administrativo participativo é reflexo dos caminhos adotados pela Constituição Federal, que conferem prestígio à influência dos particulares na gestão da Administração Pública. É o que Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2010, p. 20) sustenta, acertadamente, como consentâneo à “*real democratização administrativa*, a ser implementada por intermédio da participação popular na Administração Pública e, principalmente, através da *democracia pelo processo*”.

¹¹⁷ A consensualidade passível de ser empreendida pelo Procedimento de Manifestação de Interesse também foi bem anotada por Lívia Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano (2012, p.192): “Significa colher inputs do setor privado, na gênese da atuação administrativa, a fim de obter os interesses potenciais que justifiquem aquela obra ou serviço. É indubitável que esta mesma decisão poderia ter sido tomada de modo unilateral e imperativo pela Administração, entretanto, com o manejo do instrumento consensual, é possível buscar-se maior legitimidade, maior eficiência –atrelada a melhor qualidade –, e maior efetividade do agir estatal, reduzindo-se eventuais discussões posteriores. As Manifestações de Interesse e as Propostas Não Solicitadas representam, portanto, expressa manifestação de consensualidade e de participação da iniciativa privada na Administração Pública, o que permite uma atuação mais próxima, mais dialógica e mais parceira do setor privado, tudo em busca de um melhor atendimento do interesse público.”

Leia-se, em apoio a essa percepção de aproximação democrática do Estado, Gustavo Binzenbojm (2008, p. 31), que noticia a tendência no direito administrativo europeu, especificamente em Portugal e Espanha, de se reconhecer um *status* constitucional ao princípio da participação administrativa, que seria robusto o suficiente para carrear a pecha de inconstitucionalidade às decisões tomadas sem a oportunidade de manifestação dos interessados. O mesmo ocorre no direito anglo-saxão, em que a participação popular na Administração Pública encontra fundamento nos consagrados e ancestrais brocardos *right to a fair hearing* e *right to a consultation*.

É a percepção do lusitano Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 354), segundo o qual o procedimento administrativo, que se torna a forma de atuação central do direito administrativo, deve se despir de seus propósitos meramente formais, que resultavam num ato administrativo decisório, pronto e acabado, ou numa simples forma de exercício do poder, para se revestir em “instrumento de ligação ou de composição material de interesses públicos e privados”, ou mesmo, entre diferentes interesses públicos.

A legitimidade da função administrativa encontra vertente na democratização do exercício das atividades administrativas discricionárias. Requer-se a abertura e o fomento da participação dos particulares nos processos decisórios da Administração Pública, seja em defesa de seus interesses individuais, seja em defesa de interesses comuns à coletividade (BINENBOJM, 2008, p. 31).

Andreia Cristina Bagatin (2010, p. 175) explica que a legitimação das decisões originadas pela procedimentalização da atividade administrativa não é fundada tão somente pelo consenso entre os participantes, mas, sobretudo, “porque o *processo* funciona como instrumento para absorver as diferenças e prevenir as desilusões daqueles que não veem os seus posicionamentos tutelados.”

Porém, como os institutos de participação social dependem de uma participação voluntária e espontânea do público, não se percebe grande mobilização popular em prol da participação nos processos administrativos decisórios (BAGATIN, 2010, p. 183-184). Como consequência desta peculiaridade, que é própria da cultura cotidiana do brasileiro, a participação popular, caracterizada pela defesa particular de interesses coletivos, não é tão expressiva quanto a participação dos agentes econômicos que recebem os efeitos das regras regulatórias. Daí dizer que o grande desafio do Procedimento de Manifestação de Interesse é obter a efetiva participação social, a efetiva democratização da Administração Pública.

Muito se fala, não sem razão, a respeito das benesses econômicas que podem ser originadas pela contribuição dos empreendedores na modelagem dos projetos; mas pouco se fala sobre a robustez de um procedimento como esse para efetivar a cidadania. Por isso o longo destaque. Defende-se, neste estudo, que, a despeito de seu caráter não vinculante, o Procedimento de Manifestação de Interesse tem muito a contribuir com o controle e com a democratização dos processos de contratação de concessões comuns e parcerias público-privadas.

A inovação democrática que carrega o Procedimento de Manifestação de Interesse declara-se pela circunstância particularíssima de que concede acesso à gestação dos projetos concessórios. Nenhum dos demais meios de aproximação entre a Administração Pública e os particulares durante a estruturação desses projetos se dá em momento que precede a apresentação de projetos prontos.

É mais difícil participar ou exercer controle quando a informação que se obtém já está consolidada e amarrada, como por ocasião das audiências públicas e consultas públicas. Quando o projeto é apresentado pronto, já é momento em que não há mais possibilidade de se entender todos os porquês. E quando algo não é bem compreendido pela coletividade, há maior desconfiança, há maior desesperança, ambos sintomas que geram incertezas e inseguranças para a execução do projeto, acompanhadas das devidas consequências negativas já anotadas.

Sem desmerecer a discricionariedade reconhecida aos agentes públicos, a democracia reclama o acompanhamento *ab initio* desses projetos por aqueles a quem se destinam: os usuários e os potenciais concessionários.

O intuito não é que seja aplicado para impedir a discricionariedade administrativa, mas para que se possa conhecê-la, para que se consiga entendê-la, influenciá-la e, claro, para seus excessos não passem despercebidos. Solicita-se a prova de sua legitimidade.

Nada mais profícuo para provar a legitimidade de uma decisão que por meio de um instrumento de exposição. Os estudos e projetos são postos às mesas dos particulares e de quem entender por bem conhecê-los. E mesmo o administrador ou o empreendedor mais egocêntrico não poderá furtar-se às consequências sociais dessa ampla exposição. A mídia e o cidadão-vigilante poderão conhecer das tratativas, dos diálogos, das apresentações e com isso colaborarem, seja com o controle, seja com opiniões, seja com a demanda pela legitimidade material das decisões.

O ato administrativo já não é intangível como outrora se percebeu. Reconhece-se, hoje, margem de controle das escolhas discricionárias, sobretudo quando vinculado a mecanismos de participação na gestão da

Administração Pública (BINENBOJM, 2008, p. 7), para que se verifique a correspondência aos valores e princípios da Constituição Federal (FREITAS, 2009, p. 10).

O Procedimento de Manifestação de Interesse é procedimento técnico e jurídico que visa a garantir que as decisões administrativas não careçam de legitimidade. É como afirma Gustavo Binenbojm (2008, p. 8): “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos”. No mínimo, o instituto pode representar instrumento de comunicação governamental, o que já impende uma proximidade democrática maior: os administradores podem dele se valer para antecipar aos particulares a efetiva preocupação que nutrem com a prestação de determinado direito social e solicitar auxílio na empreitada de planejar meios para efetivá-lo.

E a circulação dessas informações espera-se seja acompanhada da anunciada vigilância cidadã, que empregará com empenho as suas atenções ao procedimento, pois que é terreno fértil para cobranças políticas por uma cidadania sedenta por eficiência, transparência e moralidade.

É esse o poder que hoje se vislumbra para o Procedimento de Manifestação de Interesse. Sem devaneios, contudo, há pressupostos mínimos para que se realize.

Especialmente um desses pressupostos: o Procedimento de Manifestação de Interesse deve revestir-se de respeito elementar à observância de transparência, em forma acentuada, em forma radical, pois que a moralidade se desvelará nem que seja a reboque. Da transparência não se escondem interesses; da transparência não se escondem ilicitudes, arbitrariedades e ilegitimidades. Sem transparência, as ferramentas que poderiam legitimar boas decisões terminam por legitimar ilicitudes e ineficiências. Da transparência não escapa a legalidade e, conseqüentemente, se fazem presentes a isonomia, a moralidade, a segurança jurídica e a eficiência.

Como ensina Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 155, 216, 222), o princípio da transparência administrativa requer a publicidade como a regra, o que é “premissa extraída da democracia que repousa sobre o debate público, exigindo que todas as decisões sejam tomadas após uma discussão desenvolvida sob a atenção da opinião pública.”. É a *“reafirmação solene da democracia como governo transparente”*. “A marca de um regime democrático é a transparência governamental. É o governo da visibilidade que adquire legitimidade.”.

Conjetura-se, assim, atendidos os seus pressupostos jurídicos regulamentares, a serem ainda apresentados, o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento com calibre suficiente para corroborar de forma significativa com o processo de materialização da democracia. Se regulamentado de forma a observar respeito absoluto aos valores e princípios da Constituição Federal, o Procedimento de Manifestação de Interesse estará aliado às contemporâneas concepções de direito administrativo, reconhecedoras da cidadania como o centro da democracia. Será ferramenta para confirmar o que percebeu Marcos Jurueña Villela Souto:

A ampliação do grau de conscientização da sociedade e de controle e cobrança sobre o Poder Público tem levado ao surgimento de diversos grupos de pressão, entidades intermédias entre a sociedade e o Estado, destinados a colaborar, participar e intervir na formulação e implementação das políticas públicas. (VILLELLA SOUTO, 2005, p. 237)

Não há que se esquecer, vez por todas, que as concessões, em última análise, como instrumentos propostos à efetivação de direitos sociais, representam e devem representar então uma opção da coletividade. A existência das concessões, como se viu, é sustentada e está vinculada à titularidade do Estado para assegurar a efetividade dos setores econômicos relacionados com as utilidades públicas, por sua indispensabilidade aos direitos fundamentais que goza a coletividade.

Enfim, desde que haja a observância dos princípios e valores constitucionais – dentre os quais, frise-se, se destaca a observância da transparência –, a perspectiva obscurecida, enigmática, unilateral e vertical que não raramente acomete os métodos tradicionais de estruturação das concessões poderá ser convertida, por meio do Procedimento de manifestação de Interesse, em procedimento aberto, transparente, democrático, colaborativo, dialógico, multilateral, seguro, eficiente e eficaz.

4.1.3 As potenciais vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse

Conhecido o potencial democrático do Procedimento de Manifestação de Interesse, é momento de apresentar um resumo das

demais vantagens possíveis de serem empreendidas por meio desse instituto. Em síntese, as vantagens a seguir elencadas estão relacionadas com o potencial de eficiência econômica do instituto, que provê meios para a confecção de projetos concessórios mais consoantes aos interesses dos envolvidos.

4.1.3.1 As benesses da competição pela entrega dos estudos e projetos mais adequados ao interesse público

O Procedimento de Manifestação de Interesse desloca a competição entre os particulares interessados em contratar com a Administração Pública a uma etapa anterior à licitação. Essa competição e a inexistência de obrigação por parte da Administração Pública de utilizar os estudos no Procedimento de Manifestação de Interesse conferem benesse teórica essencial: embora cada particular interessado tenha o propósito de influenciar a modelagem final com os seus interesses, ao mesmo tempo encontram-se amarrados a uma realidade que deve ser consensual e mutuamente benéfica, que é potencializada com a competição entre os particulares participantes.

Em primeiro lugar, a Administração Pública, uma vez consciente de que o material recebido desatende equilíbrio de interesses, o rejeitará, pois o que pretende é receber estudos e projetos afeitos ao interesse público – para exemplificar com um absurdo: um projeto extremamente favorável ao particular, que aloque todos os riscos objetivos da parceria público-privada à Administração Pública, será sumariamente descartado.

Em segundo lugar, quanto maior o número de participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse, mais harmônico deverá ser o projeto apresentado pelo particular, pois mais alto será o risco de rejeição do material caso não se coadune com o que foi requerido pela Administração Pública.

Em terceiro lugar, embora não tenha correlação direta com a competitividade, quanto mais preparada estiver a Administração Pública para avaliar o material recebido e quanto maior for o conhecimento dos particulares, em competição, sobre essa sua capacidade, aumenta-se a probabilidade de que o material seja conforme com o pretendido.

Em suma, os particulares não podem apresentar modelagens com desequilíbrio de interesses em desfavor do interesse público, pois a modelagem final está sob a responsabilidade da Administração Pública, que, espera-se, seja a boa zeladora do interesse máximo da coletividade.

Pode-se dizer que essa amarra tem como consequência teórica que a apresentação dos projetos pelo particular tende a respeitar o limite do interesse público quanto maior for a competitividade do Procedimento de Manifestação de Interesse e quanto maior for a capacidade gerencial da Administração Pública.

Em outras palavras, há uma tendência ao equilíbrio de interesses quanto mais bem organizado for o Procedimento de Manifestação de Interesse e, com isso, uma maior expectativa de que a modelagem final reflita a amálgama harmônica das expectativas dos interessados.

Adicione-se a isso a variável de que algum representante dos próprios usuários – associação comunitária, organização social – esteja participando do Procedimento de Manifestação de Interesse e o participante interessado em empreender o projeto como concessionário assumirá ainda maior obrigação de entregar estudos consistentes e harmônicos: terá de defender os seus interesses, mas não poderá desconsiderar os interesses desses usuários, tampouco os interesses da Administração Pública.

Pressupondo que a Administração Pública sempre defenderá os seus interesses em consonância com o interesse público¹¹⁸ e que o particular sempre defenderá o interesse privado, tem-se o seguinte quadro:

(i) caso a Administração Pública não promova o Procedimento de Manifestação de Interesse, o futuro contrato não será o mais eficiente possível, pois os particulares interessados não terão como apresentar os seus interesses legítimos e, como consequência dessa assimetria informacional, o contrato da concessão comum ou da parceria público-

¹¹⁸ Anote-se a clássica distinção que faz Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 65-66) a respeito dos interesses primários e secundários do Estado, segundo a qual os primeiros, ora considerados como o *verdadeiro interesse público*, “correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”, enquanto os segundos representam “interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito.”. O pressuposto adotado na situação descrita, de que a Administração Pública sempre defenderá os seus interesses em consonância com o interesse público, é justificado pela constatação de que “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.”.

privada terá custos de transação que serão sustentados em sua maioria pelo erário. Suponha-se que esse cenário seja neutro para o particular e cause prejuízo à Administração Pública;

(ii) caso o particular empreendedor não participe do Procedimento de Manifestação de Interesse lançado pela Administração Pública, não influenciará a modelagem com os seus interesses e corre o risco de que os seus concorrentes o façam. Suponha-se que esse cenário seja neutro para a Administração Pública e prejudique o particular;

(iii) caso o particular empreendedor participe do Procedimento de Manifestação de Interesse e exagere na defesa de seus interesses (incluindo, além dos interesses legítimos, que são conformes ao interesse público, também os interesses ilegítimos, que são prejudiciais ao interesse público), correrá o risco de que a Administração Pública perceba o abuso e rejeite o estudo. Como consequência, além de não influenciar na modelagem do projeto, o particular ainda suportará o prejuízo pelos seus dispêndios. Suponha-se que isso represente um grande prejuízo ao particular. Se a Administração Pública não perceber o abuso de interesses, o particular emplaca o seu projeto tendente aos seus interesses ilegítimos e recebe o que se supõe equivaler ao maior benefício possível, e a Administração Pública suporta o maior prejuízo possível;

(iv) se o particular empreendedor participa do Procedimento de Manifestação de Interesse e apresenta um projeto harmônico entre os seus interesses e o interesse público, registrando apenas os seus interesses legítimos, caso a Administração Pública reconheça essa pertinência, há um benefício mútuo, pois o futuro contrato será mais eficiente, tanto para o interesse público como para o interesse do particular (menores custos de transação pela simetria de informações).

Interpretando as situações, percebe-se que a solução ótima desse quadro é a última, em que o particular oferece *projeto harmônico entre seus interesses legítimos e o interesse público*, tendo em vista que é o único cenário em que ambos são beneficiados.

Além disso, nota-se que há uma tendência a que a Administração Pública, caso esteja estruturada para evitar o risco de empregar estudos inadequados ao interesse público, lance o Procedimento de Manifestação de Interesse, pois caso contrário encontrar-se-á em posição de prejuízo.

De igual modo, quanto maior a divulgação da existência do Procedimento de Manifestação de Interesse, maior a tendência de que os particulares se sintam obrigados a participar para evitar o risco de não influenciarem a modelagem enquanto os seus concorrentes o fazem.

E quanto maior a competição entre esses particulares e a capacidade gerencial da Administração Pública, maior a probabilidade de

que se consiga atingir a solução ótima e maior a tendência de que o particular evite arriscar-se à posição em que haveria o seu potencial maior benefício.

Esse exemplo, embora bastante simplório, parece ser pertinente para demonstrar o benefício teórico do Procedimento de Manifestação de Interesse para o interesse público nos contratos de concessão comum e de parceria público-privada.

Também é pertinente para ressaltar a importância de que a sua realização observe os pressupostos jurídicos mitigadores do risco de uma situação como aquela em que a Administração Pública é prejudicada por aceitar estudos contrários ao interesse público. Para isso, há que se potencializar o risco a que se sujeita o particular de que a Administração Pública repudiará os estudos caso contenham interesses ilegítimos, incompatíveis com o interesse público. Há vários modos de aumentar esse risco, como a rígida observância da transparência no procedimento e o fomento da participação de particulares que defendam os interesses dos usuários, incentivando-se os particulares a perseguirem a solução ótima.

4.1.3.2 A redução da assimetria informacional

Há uma premissa fática de que os particulares interessados em empreender o objeto da concessão carregam vantagem informacional em relação à Administração Pública a respeito dos meandros da atividade econômica que é objeto da concessão. É a desvantagem informacional típica do comprador (Administração Pública) perante o vendedor (particulares empreendedores).

Demais disso, em razão do sigilo comercial, que é próprio da atividade privada, e da transparência administrativa, que é afeita à Administração Pública, os particulares candidatos a assumir a concessão conhecem com mais apuro as condições técnico-econômicas da Administração Pública, que, por sua vez, desconhece essas características desses particulares, o que acentua a assimetria informacional.

Por outro lado, quando os projetos são elaborados com exclusividade pela Administração Pública (quando não são precedidos de Procedimento de Manifestação de Interesse), os particulares também se encontram em desvantagem informacional, desta feita em relação ao projeto propriamente dito. A assimetria de informações é mútua: embora os particulares conheçam mais da prática da atividade a ser empreendida, conhecem menos do projeto proposta pela Administração Pública. E vice-versa.

Resultado disso é o risco perene de *seleção adversa*, em que a Administração Pública não consegue estruturar uma licitação pública que resulte no melhor contrato possível ou mesmo num contrato razoável, pois não possui todas as informações que seriam necessárias. A Administração Pública percebe-se incapaz de bem definir o objeto a ser empreendido, os requisitos de habilitação, os critérios para o julgamento das propostas ou as cláusulas contratuais, dando ensejo à seleção de proposta que não é efetivamente a mais vantajosa. Acrescente-se, ainda, os demais riscos decorrentes, como, por exemplo, o custeio pela alocação inadequada de riscos, o estabelecimento de metas de qualidade facilmente alcançáveis pelo parceiro privado, em descompasso com a adequação do serviço ou com o benefício que será gerado, ou ainda, a seleção de parceiro privado incapaz de empreender o objeto do contrato. (NÓBREGA, 2012, p. 408)

O Procedimento de Manifestação de Interesse tem o condão de diminuir essa assimetria informacional entre a Administração Pública e os particulares. Não somente entre a Administração Pública e os particulares candidatos a concessionários, como também em relação aos particulares usuários dessas utilidades públicas, que embora representem aqueles a quem o modelo serve, encontram-se atualmente à margem das particularidades contratuais do negócio.

Como consequência da diminuição da assimetria de informações, há um maior alinhamento entre os interesses e com isso o contrato de concessão torna-se mais eficiente, com custos de transação menores e riscos informacionais menores. Se todos têm o direito de compartilhar as informações e influenciar na construção da modelagem da concessão comum ou da parceria público-privada, então o contrato que disso resultar estará mais a par do que interessa aos sujeitos que nele se envolvem.

Trata-se de combater a incompletude intrínseca dos contratos administrativos, que diz respeito a todas as inadequações ocasionadas pela sua má formação. Essas inconsistências são formadas no momento de planejamento da licitação pública (NÓBREGA, 2012, p. 410), justamente o objeto de aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Cabe assentar que essas incompletudes, embora perniciosas, dificilmente são remediadas de outra forma que não a diminuição da assimetria informacional, uma vez que os órgãos de controle, que em tese poderiam exigir editais e contratos mais acurados, também se encontram em relação de desvantagem informacional perante as atividades econômicas envolvidas e em relação à própria Administração Pública.

Assim, pelo Procedimento de Manifestação de Interesse, que expõe ao público todo o processo de formação da licitação pública e do contrato administrativo, há também a aproximação informacional necessária para o controle, seja o controle social ou dos órgãos competentes.

A antecipação do controle, “que alguns entendem como burocrática, é na verdade um grande instrumento ‘poupador’ de custos de transação durante a fase de execução contratual.” (NÓBREGA, 2012, p. 410).

A diminuição da assimetria informacional, contudo, depende da ampla divulgação de todas as etapas do Procedimento de Manifestação de Interesse, especialmente do edital de solicitação de manifestação de interesse, o que está relacionado com o desafio de empregar práticas de transparência ativa sobre o procedimento, assunto que será tratado com detalhes mais adiante. Leia-se o comentário de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 14):

Além disso, é essencial que o poder concedente execute tal plano de comunicação de modo a alcançar as pequenas e médias consultorias, assim como a academia, pois tal fatia do mercado provedor de estudos de viabilidade é um dos pilares da estratégia, no longo prazo, de redução da assimetria de informação do poder público em relação ao setor privado (no caso, os potenciais licitantes).

A assimetria informacional é reduzida porque como a promoção do Procedimento de Manifestação de Interesse propicia um canal de diálogo prévio entre os particulares e a Administração Pública, de maneira isonômica, transparente e legal, a comunicação entre todos os interessados na concessão é intensificada, fazendo com que haja uma maior compreensão das necessidades a serem solucionadas, das possibilidades técnico-jurídicas e das circunstâncias do futuro contrato.

Assim, por meio desse diálogo, os particulares percebem vantagem por conseguirem oferecer soluções mais afeitas às suas atividades, planejando de antemão os pormenores dos projetos de concessão e, pois, contribuindo para que as suas pretensões se coadunem com as da Administração Pública.

Em conseqüência disso, entende-se que o particular que participou do Procedimento de Manifestação de Interesse, ainda que não desfrute de benefícios diretos na licitação pública, conseguirá ofertar uma proposta

mais apurada e apropriada às peculiaridades da solução planejada para as necessidades da Administração Pública, reduzindo-se substancialmente os riscos e custos da assimetria informacional. Em conjunto com a Administração Pública, o particular será igualmente, mesmo que indiretamente, beneficiado.

Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p. 51), reconhecendo o tabu que existe sobre a aproximação dos agentes públicos e dos particulares, expõe os benefícios resultantes do contato prévio entre os particulares e os técnicos da Administração Pública responsáveis pela definição do projeto da concessão, nos seguintes termos:

Todavia, achamos indispensável a participação no *road show* dos técnicos do setor público que lideram a estruturação e modelagem dos projetos, basicamente por duas razões. Frente aos potenciais participantes da licitação, o envolvimento dos agentes públicos dá credibilidade ao *road show*, pela certeza de que eles terão a oportunidade de conversar com os técnicos ou ocupantes de cargos de confiança que decidem sobre diversos aspectos da estrutura do projeto. Por outro lado, para os agentes públicos, o contato direto com os participantes da licitação lhes dá uma maior sensibilidade de como o projeto de fato está sendo visto e dos principais problemas, preocupações, riscos e obstáculos que a iniciativa privada vê na licitação e implantação do projeto. Esse contato é, para os agentes públicos, uma oportunidade de aprender como a iniciativa privada analisa o projeto, e é importante mesmo quando o agente público teve ampla experiência anterior na iniciativa privada.

A diminuição da assimetria informacional, mediante a aproximação da Administração Pública e do particular no Procedimento de Manifestação de Interesse, também amaina o risco conhecido como *comportamento oportunista*, em que há a transmissão de informações distorcidas com o justo propósito de se obter posição de vantagem sobre aquele com quem se negocia.

Esse oportunismo ocorre, por exemplo, quando há a assunção ou a designação de responsabilidades contratuais em que um dos contratantes conhece de antemão que são irrealizáveis, o que leva a revisões contratuais ou mesmo à ruptura contratual. (NÓBREGA, 2012, p. 407)

4.1.3.3 A vantagem competitiva para os particulares interessados na licitação pública e o reflexo na eficiência do contrato

O primeiro perfil de particulares potencialmente interessados encontra-se justamente nas sociedades empresariais que exercem atividades diretamente relacionadas com o objetivo da concessão. É o potencial licitante que pretende fazer uso do procedimento para propor solução mais afeita às suas atividades e, com isso, obter vantagem competitiva na licitação pública.

Ao influenciar o processo prévio de tomada de decisões estratégicas da Administração Pública, o particular empreendedor reduz a sua desvantagem informacional que guarda em relação ao projeto e, com isso, diminui seus riscos, principalmente por amenizar os custos pela desinformação. Ou seja, a aproximação do objeto a ser licitado às práticas habituais do particular mitiga custos de sua proposta que em outro cenário deveriam cobrir o custo por riscos desconhecidos, daí a vantagem competitiva. Leia-se o comentário de Maurício Portugal Ribeiro:

É importante ter em mente que os participantes da licitação tratarão todas as inseguranças ou incertezas sobre o projeto como riscos, refletindo-as, dessa forma, no preço solicitado para prestar o serviço. (RIBEIRO, 2011, p. 47)

A grande vantagem para a sociedade empresarial interessada é, portanto, tornar-se mais competitiva para a participação do processo licitatório, já que acompanhará todo o processo de estruturação da licitação pública e, com isso, além da influência que exercerá, obterá acesso a informações imprescindíveis à elaboração de sua proposta, que de outra forma seria mais intrincado para conhecer. O particular terá maiores informações e melhores condições para elaborar a sua proposta técnica e comercial na licitação pública, percebendo vantagem competitiva especialmente sobre aqueles concorrentes que não participaram do procedimento.

Em resumo, pretende-se que este diálogo prévio perceba vantagem aos particulares, que poderão oferecer soluções públicas mais afeitas às suas atividades, planejando de antemão os pormenores dos projetos de concessão pública e, pois, contribuindo para que as suas pretensões se coadunem com as da Administração Pública. Em conseqüência disso, entende-se que o particular que participou do Procedimento de Manifestação de Interesse, ainda que não desfrute de benefícios diretos

na licitação pública, conseguirá ofertar uma proposta mais apurada e apropriada às peculiaridades da solução planejada para as necessidades da Administração Pública, reduzindo-se substancialmente os riscos e custos da assimetria informacional – que, diga-se, nunca serão completamente mitigados, por mais detalhado que seja o instrumento convocatório. De par com a Administração Pública, o particular será igualmente, mesmo que – e somente – indiretamente, beneficiado.

O maior proveito do Procedimento de Manifestação de Interesse para o empreendedor é a própria possibilidade de dialogar previamente com a Administração Pública, de forma legal e transparente, permitindo-se uma melhor compreensão dos objetivos e das peculiaridades da futura concessão pública, bem como a possibilidade de participar efetivamente de sua modelagem. Todos esses fatores militam em favor de sua vantagem competitiva.

É possível também, por exemplo, que durante o Procedimento de Manifestação de Interesse o particular consiga colaborar com a delimitação dos quesitos de habilitação, como a possibilidade de participação em consórcio e as exigências de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira, o que pode representar a sua própria possibilidade de participação no certame.

Por outro ângulo, importa notar que o Procedimento de Manifestação de Interesse antecipa etapa inevitável aos licitantes, que provavelmente elaborariam estudos próprios sobre o objeto da concessão por ocasião da licitação pública. Assim, ao adiantar o objetivo e as linhas mestras do projeto ao interessado, ainda que os estudos oferecidos pelo particular não sejam aceitos e utilizados na modelagem, a análise de viabilidade do negócio, sob a perspectiva do potencial licitante, já estará mais adiantada ou até concluída. Grosso modo, o particular pode avaliar a sua participação na licitação pública em tempo mais largo, detendo maiores informações sobre o projeto, evitando surpresas com o conteúdo do edital ou ser pego de surpresa com o lançamento de algum edital.

4.1.3.4 A democratização das soluções: participação popular sobre a tomada de decisões.

Trata-se do propósito apresentado no tópico anterior, dedicado especialmente ao caráter democrático do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Além dos particulares interessados em empreender o objeto da concessão, outro potencial perfil de particulares interessados refere-se aos

futuros usuários da concessão e às entidades do terceiro setor, que encontram no Procedimento de Manifestação de Interesse oportunidade de acompanhar o processo de formação da solução com maior antecedência e também de influenciar o projeto com o viés comunitário.

Embora pareça um contrassenso com o seu objetivo de desonerar os cofres públicos, nada impede que a Administração Pública desenvolva linhas de financiamento de estudos e projetos para Procedimento de Manifestação de Interesse a serem requeridas justamente pelos particulares dispostos a defender os interesses dos usuários, fomentando a participação democrática dessa parcela de interesses que não dispõe de recursos econômicos em mesma medida que os particulares interessados em empreender a concessão. Em sentido análogo, o comentário de Bruno Ramos Pereira:

Apenas para dar um exemplo, desde que o poder público planeje e divulgue o PMI, a academia poderá organizar linhas de pesquisa e obter financiamentos públicos para o desenvolvimento de pesquisas relacionadas aos estudos de viabilidade dos projetos que serão estruturados por intermédio do PMI. [...]

Finalmente, é importante que o poder busque alternativas para reduzir, parcialmente, os riscos de financiamento e de não aceitação dos estudos por parte dos players pequenos e médios. Para a academia e para as consultorias menores, o poder público poderia estabelecer regras específicas de financiamento e ressarcimento parcial dos custos incorridos (o interesse a ser protegido seria o de, em relação aos aspectos mais sensíveis da viabilidade do projeto, contar com opiniões plurais). (PEREIRA, 2011, p. 14-16)

Registre-se que na ausência do Procedimento de Manifestação de Interesse para uma parceria público-privada, é provável que os potenciais usuários e as entidades do terceiro setor – e mesmo os empreendedores – somente tenham conhecimento do projeto quando da realização da consulta pública, o que, como já se opinou, não permite a mesma profundidade de participação popular. Em caso de concessão comum, o acesso se dá somente no momento do lançamento do edital, já que o ato de justificação da conveniência da outorga de concessão somente envolve o seu objeto, a área e o prazo.

4.1.3.5 Autonomia jurídica à etapa interna da licitação pública e a institucionalização do diálogo

O Procedimento de Manifestação de Interesse confere autonomia jurídica à etapa preparatória da licitação pública para concessão comum e para parceria público-privada, o que se configura como uma robusta vantagem que dá origem o instituto.

O procedimento administrativo que antecede a licitação pública é comumente denominado como a sua etapa interna. Bem verdade, nunca houve grande preocupação em exteriorizar ou de autonomizar essa etapa, que sempre ocorreu, como o nome revela, no interior da Administração Pública. É o que leciona Marçal Justen Filho (2003, p. 202-203):

Afigura-se, então, que o procedimento licitatório se inicia muito antes da divulgação ao público do ato convocatório. Essa asserção se fundamenta no postulado de que a validade do ato convocatório depende da observância de uma série de atividades e requisitos, cuja produção e preenchimento se verifica no âmbito interno da atividade administrativa.

Dai se extrai a impossibilidade de ignorar ou minorar a relevância dessas atividades administrativas internas, ainda que não seja possível reconhecer-lhes autonomia jurídica própria e significativa. [...]

A etapa interna da licitação sempre apresenta relevância jurídica significativa. No caso da concessão, essa importância é ainda maior.

Ao que parece, a própria denominação por *etapa interna* da licitação pública legitima-se mais por conveniência do que por teoria, pois a *licitação pública*, nesta qualidade, somente é iniciada após a tomada de decisão em seu favor, momento em que é exarada a autorização da autoridade competente, com a indicação de seu objeto e dos respectivos recursos orçamentários¹¹⁹. Antes disso, procede-se a etapas de um

¹¹⁹ É da leitura do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/1993: “Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:”

procedimento administrativo que pode ou não dar origem a uma licitação pública.

Daí que a etapa preparatória das licitações públicas, seja ou não chamada de etapa interna, requer maior atenção, especialmente em se tratando de uma contratação para a delegação de alguma utilidade pública. E conferindo-se autonomia jurídica a essa etapa, confere-se maior cuidado e maior dedicação à preparação das licitações públicas.

Em resumo, a amálgama resultante da alta relevância do objeto a ser licitado, da necessidade de controle e fiscalização dessa etapa prévia, da pertinência democrática que representa a participação dos particulares e do devido processo administrativo corroboram a conclusão de que reconhecer autonomia à etapa preparatória é benéfica ao interesse público. E como o Procedimento de Manifestação de Interesse soma forças também neste quesito, é apropriado entender que essa autonomia configura-se como uma de suas potenciais vantagens.

Ao se processualizar a etapa preparatória dos projetos concessórios, maneja-se meio para fazer confluir a multiplicidade de interesses – individuais, coletivos e difusos – envolvidos na atuação da Administração Pública. O benefício teórico originado é que, como indica Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2010, p. 25), é por meio do processo administrativo “que será obtido um melhor conteúdo e uma maior justiça nas decisões administrativas.”

Sob outro ângulo, com a autonomia jurídica da etapa preparatória das licitações, surge a oportunidade de se institucionalizar o diálogo entre a Administração Pública e os particulares. Como já foi exposto, o diálogo entre o setor público e o setor privado ocorre, na prática, independentemente de regulamentação. Essa comunicação, no mais das vezes informal, coloca em risco o interesse público, pois é tendente a práticas de corrupção. Leia-se o relato de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 5):

A depender da capacidade institucional do poder público, para que os projetos avancem e se concretizem, pressupondo o cenário de reduzida capacidade institucional do setor público, a iniciativa privada acaba por fornecer informalmente todos os subsídios e estudos necessários para que um edital de licitação seja publicado.

Nesse sentido, em um contexto de debilidade institucional do setor público, a empresa “A”, interessada em um projeto “X”, percebendo o interesse do poder público “B” em levar adiante o

projeto “X”, mas reconhecendo a incapacidade de “B” para fazer os estudos necessários para a publicação do edital de licitação, de modo informal, envia ao poder público o material (estudos, minutas de edital e contrato) necessário para que a licitação seja realizada. Logo, a iniciativa privada pauta a tomada de decisão pública sem transparência.

Sem negar a realidade dialogal entre a Administração Pública e os particulares, o que antes foi averbado como uma inevitabilidade, torna-se imperativo que esse diálogo seja institucionalizado. A institucionalização do diálogo com o poder público deve ser processualizada, para que sejam registradas as comunicações de maneira a dar lugar à aferição de sua legalidade ao lume do direito.

Conferir autonomia jurídica à etapa preparatória institucionaliza o diálogo prévio, o que é uma das potenciais vantagens que carrega o Procedimento de Manifestação de Interesse.

O agente público encontra no Procedimento de Manifestação de Interesse uma oportunidade para se aproximar de novas ideias para a Administração Pública, originadas dos particulares, sem o risco da informalidade. Não haverá que se preocupar com tentativas informais de apresentação de projetos para a concessão, tampouco incomodar-se-á com desconfiância da sociedade.

De outro norte, o particular que detém solução técnica moderna e adequada a satisfazer interesses da coletividade encontra no Procedimento de Manifestação de Interesse uma oportunidade legítima para apresentá-la. Evita-se, assim, a prática de diálogos informais entre a iniciativa privada e os agentes públicos, que podem, sob a perspectiva de ambos, colocar em risco a sua reputação moral e sujeitá-lo aos órgãos de controle da moralidade pública, com as consequências de praxe.

4.1.3.6 Transferência de custos e não comprometimento de recursos orçamentários

Outra das principais vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse é a desoneração do orçamento. Por meio do modelo mais tradicional de estruturação das concessões comuns e de parcerias público-privadas, em que são contratados consultores para atuar em conjunto com o corpo técnico da Administração Pública, existem custos financeiros

significativos, que, por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse, são transferidos à iniciativa privada¹²⁰.

Assim, desde o início do planejamento, os interessados já consideram no fluxo de caixa de suas projeções, os valores referentes aos estudos e projetos que serão empregados na licitação pública.

O lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse consegue originar benefício à Administração Pública pelo recolhimento de soluções características do empreendedorismo particular sem o dispêndio do erário.

De maneira geral, o compartilhamento voluntário da função de planejamento com os particulares possibilita o deslocamento dos custos desta etapa primitiva da licitação pública diretamente ao contrato, evitando mobilizações suntuosas de pessoal e reduzindo a demanda por contratações de consultorias técnicas especializadas.

Ainda que se opte pela contratação de consultoria especializada para colaborar com os trabalhos de consolidação e avaliação dos estudos e projetos apresentados, esses custos serão menores que em uma estruturação completamente terceirizada.

E mesmo em relação à estruturação exclusiva pelo corpo técnico da Administração Pública, há uma redução dos custos indiretos, como com “treinamento, pessoal, equipamentos e horas para elaboração de editais e discussão das cláusulas contratuais.” (NÓBREGA, 2012, p. 405).

De todo modo, convém registrar que embora os custos sejam repassados ao vencedor da licitação pública, esses valores serão posteriormente amortizados pela contraprestação da Administração Pública (em caso de parceria público-privada) e pelas tarifas pagas pelos usuários; a transferência de custos é indireta e temporária, pois. Então, a final, a principal vantagem é o não comprometimento de recursos orçamentários, que alavanca as possibilidades contratuais da Administração Pública, por antecipar ações que de outra forma não conseguiria implementar.

¹²⁰ Neste sentido: “No PMI, não há o engajamento de recursos orçamentários do Estado para remunerar os autores dos estudos. Em regra, os autores serão remunerados pelo licitante vencedor da futura e eventual licitação do projeto, desde que o poder público que promoveu o PMI tenha aproveitado e incorporado ao edital de licitação, total ou parcialmente, os referidos estudos, recebidos durante o PMI.” (PEREIRA et al, 2012, p.6)

4.1.3.7 Acesso a novas soluções e formação de banco de projetos

Em virtude da premente e contínua exigência de inovação, típica em ambiente de natureza concorrencial, que é próprio das relações privadas, os particulares costumam conservar soluções contemporâneas – e, por vezes, mais eficientes – para variados campos de aplicação do conhecimento.

O interesse da Administração Pública no Procedimento de Manifestação de Interesse está relacionado com a possibilidade de colher essas informações e soluções por si desconhecidas, que se encontram na esfera de atuação econômica da iniciativa privada e na esfera de atuação participativa da sociedade civil. É neste sentido que Marcos Juruena Villela Souto averba que nunca deve ser descartada a interação e a troca de informações entre o setor público – cuja característica é a rigidez dos processos – e o setor privado – sujeito a maior liberdade de condutas (2005, p. 271). Uma das razões é exatamente essa: o intercâmbio de soluções para os problemas comuns da sociedade.

Concede-se à Administração Pública o acesso a novas soluções de engenharia, novas soluções jurídicas, novas soluções tecnológicas. A inovação do empreendedorismo particular é assimilada pela Administração Pública. E, sublinhe-se, quanto maior a participação no procedimento, maior a probabilidade de se obter acesso a soluções mais apropriadas.

Como dito, as sociedades empresariais costumam deter o conhecimento sobre soluções criativas e inovadoras, cujos benefícios em relação aos custos indicam grande eficiência. Como também já foi dito, a busca por inovação é implícita ao bom sucesso dessas sociedades empresariais, que dependem de tecnologias cada dia mais pertinentes e eficazes para sobreviverem no mercado.

O Procedimento de Manifestação de Interesse, como estímulo ao oferecimento dessas informações, confere à Administração Pública os benefícios da inovação da livre iniciativa, pois recebe soluções típicas dos particulares especializados nos setores econômicos em que pretendem desenvolver o projeto de delegação da utilidade pública.

Igualmente, a extensão da liberdade para criar e sugerir modelos de contratações públicas aos particulares possui conexão estreita com o desenvolvimento de novas soluções mais conformes à satisfação das necessidades públicas, pois é incentivo para que os particulares pensem e apresentem ideias inovadoras e úteis, propiciando à Administração Pública que se municie com informações antes dificilmente alcançáveis.

Não se está aqui a dizer que as soluções dos particulares serão melhores que as percebidas pela Administração Pública, mas tão somente que o Procedimento de Manifestação de Interesse representa uma oportunidade para a Administração Pública apropriar-se do *know-how* dos particulares. A apropriação do *know-how* do setor privado é um bem intangível que complementa a técnica administrativa.

De qualquer sorte, tomando posse desses estudos, a Administração Pública reduz a assimetria informacional hoje patente e complementa o seu banco de projetos.

Note-se que a ausência de um *banco de projetos*, especialmente na área de infraestrutura, representou a principal justificativa apresentada pelo deputado federal Cândido Vaccarezza no Projeto de Lei nº 7.067/2010¹²¹, em trâmite na Câmara dos Deputados, que pretende regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse.

A Administração Pública reforça os seus bancos de dados para os projetos de delegação de utilidades públicas e tem a possibilidade gerenciar as informações de projetos mais atualizados para embasar as suas decisões, reduzindo-se o desequilíbrio de posições hoje existente em relação aos particulares empreendedores.

4.1.3.8 Celeridade à estruturação dos projetos

Um dos maiores problemas para os governantes é o curto espaço de tempo para a efetivação de seus intuitos políticos. A execução de projetos que visam a melhorias dos serviços afeitos ao interesse público, embora prioritários, não raramente arrastam-se por mais de ano para que sejam finalizados e se dê início à licitação pública.

Uma das causas para isso é que, atualmente, a estruturação de um projeto de concessão comum ou de parceria público-privada é composta por atos e estudos esparsos, que devem ser consolidados ao final em um projeto. É que o material que comporá a modelagem final pode estar disperso em diferentes contratos administrativos, muitas vezes interdependentes, que dificultam um gerenciamento concomitante e unificado de todo o processo.

¹²¹ Analisa-se o referido projeto no tópico 4.3 *PROJETOS DE LEI DE REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE*

O Procedimento de Manifestação de Interesse, então, como unifica e organiza todo o procedimento pré-licitatório de elaboração de estudos, pode, em alguns casos, conferir maior celeridade à estruturação do projeto final. O não comprometimento imediato de recursos orçamentários, como antes exposto, também atribui celeridade à estruturação do projeto de concessão comum ou de parceria público privada¹²².

E em se tratando de celeridade, caso seja empreendida sem a perda da qualidade ou de outros interesses mais nobres, então é vantagem a ser bem considerada.

4.1.3.9 Conhecimento prévio dos potenciais licitantes

A Administração Pública não pode ser insensível ao mercado. Conhecer o mercado-alvo é o ponto de partida para qualquer licitação pública, sobretudo em caso de concessão comum e de parceria público-privada (RIBEIRO, 2011, p. 9).

O Procedimento de Manifestação de Interesse é ferramenta útil para que a Administração informe-se a respeito dos potenciais interessados no objeto da licitação pública, o que inclui os eventuais interessados em comprar o direito de operação do projeto ou em financiá-lo. Uma das virtudes do instituto é justamente oferecer um mapeamento do setor no qual está inserido o projeto. Leia-se (RIBEIRO, 2011, p. 9):

Essa análise é basicamente o que se costuma chamar de análise ou mapeamento da indústria ou setor dentro do qual o projeto se insere, com vistas a determinar o conjunto de operadores-alvo para o

¹²² Registre-se, contudo, que a estruturação dos projetos por alguma das vias tradicionais pode, eventualmente, representar alternativa mais célere do que o Procedimento de Manifestação de Interesse. Anote-se, no entanto, que, muito comumente, a celeridade das vias tradicionais se dá em troca da qualidade do projeto, seja em termos de eficiência econômica (quando o projeto apresentado não deriva de um processo adequado de elaboração técnica), seja em termos de legitimidade democrática (quando o projeto apresentado carece de correspondência aos interesses da coletividade que serão afetados). Caso se busque empreender um projeto concessório efetivamente propício a conformar o interesse público, é provável que a sua estruturação se dê ao longo de um período considerável. Nesta conjuntura, pelos motivos elencados, é possível que o Procedimento de Manifestação de Interesse qualifique-se como a alternativa mais célere.

projeto, que é o universo daqueles com capacidade técnica e financeira para realizar os investimentos e para prover o serviço com a qualidade estabelecida pela Administração Pública.

Portanto, o instituto pode servir à Administração Pública como um termômetro do mercado: será por seu intermédio que se perceberá se a iniciativa privada possui interesse em participar do projeto, se está capacitada para tanto e se existe viabilidade comercial para que sejam financiados os investimentos. Dessa sorte, também, conhecendo com maiores detalhes o mercado e os seus potenciais fornecedores, a Administração Pública poderá evitar a inserção de requisitos de habilitação excessivos, fomentando, assim, a competitividade do futuro certame.

4.1.3.10 Aumento da competitividade para a licitação pública

O Procedimento de Manifestação de Interesse é capaz de fomentar o projeto de delegação da utilidade pública a ponto de recrutar licitantes que doutro modo não participariam da competição. Assim, as vantagens inerentes à maior competição são promovidas pelo instituto.

Sabe-se que o perfil dos licitantes depende sobremaneira de como é instruído o edital e que, ainda que a modalidade de licitação pública seja predefinida, há grande margem de discricionariedade para a composição do instrumento convocatório.

Dessa sorte, conhecendo de antemão como é composto o perfil dos interessados, a Administração Pública pode potencializar a competição, sem prejudicá-la, por exemplo, com restrições inapropriadas em requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.

Igualmente, conhecendo o que há de comum no perfil dos interessados, poderá encontrar com maior facilidade outros particulares que potencialmente se interessarão pelo projeto. Em relação a esses outros particulares, que se encontravam em posição passiva diante do projeto, a Administração Pública terá a oportunidade de patrocinar ações mais eficientes de divulgação do projeto, até mesmo para que participem de alguma etapa do próprio Procedimento de Manifestação de Interesse (embora incomum, não há vedação para que o participante requeira a autorização após o início do procedimento). Bruno Ramos Pereira sugere que a Administração Pública contate associações empresariais do ramo para aumentar a competitividade. Leia-se (2011, p. 16-17):

Se estamos a falar de um projeto que, pelas suas características, apresenta reduzido potencial de competição na futura licitação, as cautelas do setor público devem ser redobradas. Do ponto de vista concreto, o setor público deve realizar esforços efetivos para aumentar o caráter de competitividade da futura licitação (por exemplo, dialogando com associações empresariais, realizando “road shows”, etc., nestes casos, deverá abordar tanto o PMI quanto a futura licitação).

Estima-se que o processo licitatório encontre maior pertinência com as práticas comuns do mercado após o Procedimento de Manifestação de Interesse, o que por si só já é um chamariz para a maior participação.

Aumentar a competitividade da licitação pública é um dos meios mais eficientes que a Administração Pública dispõe para aproximar o contrato de concessão aos interesses dos usuários, uma vez que quanto maior for competição entre os licitantes, maior a tendência de que os preços praticados pelos licitantes sejam reduzidos e que as propostas técnicas sejam mais apuradas.

4.1.3.11 Possível transferência dos riscos pelos erros nos projetos e estudos

Imagine-se o seguinte panorama: o particular participa do Procedimento de Manifestação de Interesse, apresenta seus estudos, que são aceitos e lançados junto à licitação pública. O mesmo particular sagra-se vencedor da licitação e celebra o contrato administrativo de concessão. Eventuais equívocos no projeto já não mais poderão ser apontados à Administração Pública, que não custeará os prejuízos ocasionados pela torpeza do próprio concessionário.

A esse respeito, Maurício Portugal Ribeiro opina que a transferência da responsabilidade ao parceiro privado sobre os eventuais equívocos do projeto é a melhor maneira de se evitar os pleitos oportunistas de reequilíbrio econômico-financeiro (2011, p. xxxii):

O melhor remédio contra pleitos oportunistas de reequilíbrio econômico-financeiro seja nos casos de obra, seja nos casos de contrato de desestatização é a transferência para o parceiro privado da responsabilidade por analisar e corrigir

falhas e erros nos projetos e estudos disponibilizados pelo Poder Público.

Caso seja esta a política de riscos adotada, ao se construir a estrutura da concessão a partir dos estudos e projetos recebidos no Procedimento de Manifestação de Interesse, a atribuição do risco ao concessionário pelos eventuais equívocos do projeto é menos custosa. Pois, quando o particular desconhece o processo de formação do projeto e recebe a responsabilidade pelo risco de sua inconsistência, contrabalança esse risco embutindo o seu custo em sua proposta comercial.

Aliás, registre-se que a atribuição de risco pela aferição da consistência de projetos elaborados *exclusivamente* pela Administração Pública não parece medida justa. Afinal, o período entre o lançamento da licitação pública e o oferecimento de propostas é demasiadamente exíguo para que os licitantes possam efetivamente verificar a solidez daquelas informações. Dessa sorte, em casos em que não há o compartilhamento da etapa de estruturação da licitação pública, o entendimento mais apropriado é que os riscos pelos projetos sejam mantidos com a Administração Pública.

Dê-se realce, ainda, que, caso algum dos autores dos estudos empregados não seja o vencedor da licitação pública e caso o risco pela concretude desse projeto tenha sido atribuído à Administração Pública, a depender da natureza dos equívocos dos estudos oferecidos no Procedimento de Manifestação de Interesse, é de se supor uma corresponsabilidade, perante o concessionário, entre o participante que ofertou projeto equivocado e a Administração Pública, no mínimo correspondente ao valor do ressarcimento.

4.1.3.12 Fomento à elaboração de novas soluções à Administração Pública e à formação de um banco de profissionais capacitados

É possível sustentar que a incorporação da prática de Procedimentos de Manifestação de Interesse oferece um estímulo para que particulares se dediquem a pensar novas soluções para a Administração Pública, pois a institucionalização do planejamento compartilhado pode fazer surgir novo modelo de negócios, pautado no desenvolvimento de soluções específicas para serem apresentadas nesses procedimentos.

Acrescente-se a isso o fato de que, geralmente, é admitida a provocação do particular à Administração Pública para que seja lançado um Procedimento de Manifestação de Interesse, pelo que a iniciativa que dará origem ao procedimento não depende de proatividade apenas do setor público.

Em paralelo, sublinhe-se que o mercado de serviços de consultoria especializada nutre grande interesse pelo Procedimento de Manifestação de Interesse, pois é oportunidade para que se desenvolvam grandes projetos de infraestrutura e de gestão da prestação de serviços de interesse coletivo. Com isso, como reflexo indireto, o instituto fomenta o desenvolvimento desse setor que envolve serviços de alta capacidade técnica, o que pode vir a se traduzir em projetos cada vez mais sólidos para a Administração Pública e para o interesse público¹²³.

4.1.3.13 Transparência e segurança jurídica

O Procedimento de Manifestação de Interesse é instituto que se reveste da roupagem que deve descobrir a Administração Pública: a transparência. É procedimento administrativo contemporâneo à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) e, por isso, já nasce envolto às práticas mais recomendadas existentes da transparência administrativa. Adjacente à transparência, encontram-se os valores de direito administrativo mais cultivados pela ordem constitucional, como a moralidade, a isonomia, a legalidade e, claro, a ampla publicidade.

A transparência que confere aos processos decisórios da Administração Pública é, sem dúvida, uma de principais vantagens do instituto e, por isso, mais adiante, será dedicado um tópico para comentar o tema¹²⁴.

¹²³ Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 332-333) também anotam os potenciais benefícios do desenvolvimento do mercado de consultoria e de projetos: “Parte-se, de um lado, do reconhecimento das dificuldades enfrentadas pelo Poder Público para custear diretamente os diversos estudos e investigações que são necessários ou simplesmente úteis à modelagem do projeto. Cria-se, doutro lado, mecanismo que estimula o desenvolvimento em regime competitivo do mercado de consultoria e de projetos, que são, ademais, extremamente importantes para o desenvolvimento de qualquer país.”

¹²⁴ Ver 4.3 *O desafio de transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse*

Mais que isso, a observância da transparência no Procedimento de Manifestação de Interesse é pressuposto para um verdadeiro tratamento isonômico entre os particulares interessados e para que o seu potencial democrático se desvele. Afinal, “não há como se falar em democracia participativa se aqueles que devem participar não têm as informações necessárias para fazê-la.” (VIEGAS, 2004, p. 671).

A transparência traz consigo segurança jurídica – cujas benesses já foram expostas em tópico específico¹²⁵. A maior legitimidade das decisões fortalece a atratividade do projeto e garante aos particulares e aos agentes públicos um ambiente fértil, formal e institucional para se buscar a melhor correspondência dos contratos ao interesse público¹²⁶.

4.2 OS RISCOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

A despeito de todas as potenciais vantagens informadas no tópico anterior, não há como sonegar a existência de riscos inerentes ao Procedimento de Manifestação de Interesse, os quais são expostos adiante. Dar-se conta desses riscos, ao que tudo indica, é a pedra de toque que sustenta a conclusão pela inevitabilidade de se prescrever a observância da transparência administrativa e da isonomia em grau máximo para o Procedimento de Manifestação de Interesse.

4.2.1 Risco de aproveitamento parcial ou nulo dos estudos produzidos no Procedimento de Manifestação de Interesse

O risco de arquivamento do projeto elaborado em Procedimento de Manifestação de Interesse recai especialmente sobre o particular, uma vez que será ele quem arcará com os dispêndios havidos com os estudos sem utilidade. Todavia, o interesse público também não sairá incólume com a

¹²⁵ Cf. 3.2.2 *Um destaque para a correlação entre o bom planejamento e a segurança jurídica dos contratos de concessão comum e de parceria público-privada*

¹²⁶ Neste sentido, Gustavo Binenbojm (2008, p. 41), que considera como um dos parâmetros a serem levados em conta pelo Poder Judiciário quando diante de um pleito por controle jurisdicional de ato administrativo o grau de participação efetiva e de consenso durante o seu processo de formação.

ineficácia do procedimento, pois a Administração Pública haverá despendido esforços desnecessários, traduzidos, sobretudo, em tempo e mobilização de pessoal – eventualmente, também em recursos financeiros, caso tenha havido a contratação de consultores para auxiliá-la.

O risco de aproveitamento parcial ou nulo dos estudos também está vinculado a dois outros riscos, que serão mais adiante abordados: o de incapacidade técnica da Administração Pública e o da captura por desrespeito à moralidade.

No primeiro caso, os estudos simplesmente não são inteiramente aproveitados porque não há agentes públicos capacitados para compreender os estudos recebidos.

No segundo caso, mais grave, o Procedimento de Manifestação de Interesse terá sido de fachada, para legitimar uma relação ilícita entre particular e agente público, pelo que o conteúdo dos estudos, bem verdade serão virtualmente descartados, consolidando-se uma licitação pública direcionada a beneficiar determinado particular.

Mesmo que não haja o arquivamento do Procedimento de Manifestação de Interesse, o risco de aproveitamento parcial ou nulo dos estudos sempre acometerá o particular, pois, caso não sejam recebidos pela Administração Pública e empregados na licitação pública, deverá arcar com os dispêndios havidos durante a sua elaboração sem a contrapartida esperada (influência na modelagem e/ou direito de ressarcimento).

4.2.2 Risco de judicialização do Procedimento de Manifestação de Interesse

Outro risco do Procedimento de Manifestação de Interesse se traduz pela possibilidade de que haja intervenção externa suspensiva ou anulatória sobre ele, seja em decorrência de sua eventual judicialização ou de uma atuação dos Tribunais de Contas.

Como consequência dessas intervenções de controle dos atos administrativos, poderá se seguir uma morosidade excessiva no processo de estruturação da concessão ou até a sua inviabilização. A depender do resultado final dessas intervenções, arrisca-se também que todo o Procedimento de Manifestação de Interesse seja promovido em vão, o que resultaria em prejuízos evidentes aos envolvidos.

Como é instituto de direito administrativo pouco conhecido, ainda existe insegurança a respeito de como deve ser observada a sua

regulamentação, o que confere margem a interpretações incomuns que, então, podem trazer as consequências ora comentadas. Leia-se, neste sentido, o comentário de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 332, nota 14):

Malgrado tais mecanismos já estarem previstos no ordenamento jurídico desde 1995, eis que constantes das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, eles têm sido subutilizados, e a mera referência a eles na Lei de PPP não seria, por si, suficiente para seu adequado emprego. A razão da subutilização destes dispositivos é clara. É que, como se trata de dispositivos que direta ou indiretamente realizam flexibilização das regras incidentes sobre as licitações, muito amiúde levantam suspeitas de órgãos direta ou indiretamente envolvidos com o controle da Administração (como o Ministério Público, os Tribunais de Contas, etc.) e, por essa razão, muitas vezes amedrontam, mesmo, administradores públicos proficientes e cônscios das suas tarefas. É neste contexto de suspeita do administrador público que deve ser entendida a falta de efetividade sobretudo do art. 21 da Lei 8.987/1995, que poderia ser utilizado em alguns casos como substituto à contratação tradicional de estudos.

Daí dizer que os órgãos de controle, sobretudo os Tribunais de Contas e o Ministério Público, devem ter espírito aberto para colaborar para a construção jurídica do instituto em parceria com a Administração Pública – e não um espírito de desconfiança.

Ainda, como um risco patente, caso haja má condução do Procedimento de Manifestação de Interesse, os efeitos podem repercutir nas etapas posteriores do processo de delegação da utilidade pública, seja na própria licitação pública ou no contrato administrativo. Se por um lado o procedimento oferece segurança jurídica quando conduzido com transparência, com ampla participação e com respeito às regras de direito público, por outro, quando mal conduzido, colocará em risco a licitude da licitação pública e do contrato.

4.2.3 Risco de apropriação indevida dos estudos

Em Procedimento de Manifestação de Interesse em que há previsão de direito de ressarcimento ao participante que tiver os seus estudos empregados na licitação pública, os particulares sujeitam-se ao risco de que seus estudos sejam apropriados e empregados indevidamente pela Administração Pública, ou seja, sem o devido ressarcimento.

A depender do escopo desses estudos será inviável reconhecer de onde foram extraídas as informações utilizadas pela Administração Pública, sobretudo nos casos em que o material envolver concepções preliminares do projeto.

Embora não haja previsão legal que dê sustento a essa prática no Brasil, é oportuno registrar que em alguns países a rejeição de uma Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que é o documento pelo qual o particular provoca a Administração Pública a promover um Procedimento de Manifestação de Interesse sobre determinado assunto, exige da Administração Pública que a rejeitou a observância de um período de carência, em que não poderá lançar licitação pública que envolva aquele objeto¹²⁷, justamente para resguardar a eventual apropriação indevida de seus estudos.

Por outro norte, há que se anotar que a publicidade a ser empregada pela Administração Pública ao Procedimento de Manifestação de Interesse incluirá os estudos apresentados pelos particulares e, caso, não haja o material não seja empregado na licitação pública, arrisca-se também que esses estudos sejam apropriados por terceiros sem que sejam utilizados pela Administração Pública.

Nesse caso, não haveria uma apropriação ilícita dos estudos, porquanto eles teriam sido publicados licitamente pela Administração Pública, mediante a autorização do participante, mas, a depender do seu aproveitamento por terceiros, a apropriação desses estudos poderá de alguma forma acarretar prejuízo patrimonial aos seus autores ou aos proprietários de seus direitos patrimoniais autorais, que eventualmente poderiam aproveitá-los comercialmente, por outras vias.

4.2.4 Risco de diminuição da competitividade na licitação pública.

Caso o Procedimento de Manifestação de Interesse não seja conduzido com transparência e isonomia, aqueles particulares que não

¹²⁷ Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. 6) relatam, por exemplo, que na Argentina esse período é de 2 anos e que no Chile é de 3 anos.

participaram do procedimento, ou que não tiveram seus estudos e projetos empregados na modelagem, dificilmente concorrerão na licitação pública. Poderá haver, então, uma redução da competição no certame (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 15).

Isso se dá justamente em virtude de que os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse possuem uma vantagem competitiva, por terem participado da elaboração dos projetos e estudos.

O ideal é que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja modelado de forma que a vantagem competitiva dos participantes não seja impeditiva da participação de outros particulares interessados em empreender o objeto da concessão, para que não haja uma assimetria informacional acentuada entre os próprios potenciais licitantes.

Também como desdobramento da carência de transparência ou isonomia, os demais particulares tendem a desconfiar da possível existência de conluio entre os agentes públicos responsáveis pela licitação pública e os particulares participantes que eventualmente receberam algum privilégio. Caso o Procedimento de Manifestação de Interesse seja promovido com um único participante, esse risco de diminuição da competitividade é ainda mais acentuado.

A publicação integral dos estudos apresentados no procedimento é medida que mitiga o risco de uma diminuição da competitividade. Igualmente importante é a promoção de um Procedimento de Manifestação de Interesse que conte com o máximo de participantes (sem requisitos para autorização que inibam os interessados e com ampla divulgação do procedimento, com amplos prazos para inscrição). Ainda, a disponibilização do projeto final em prazo suficiente para a elaboração das propostas na licitação pública (PEREIRA, 2011, p. 8).

4.2.5 Risco de captura do interesse público no Procedimento de Manifestação de Interesse

O assunto é de importância categórica para o estudo do Procedimento de Manifestação de Interesse. É o denominado *risco da captura*, que se qualifica como o risco mais delicado a que o interesse público está sujeito com o Procedimento de Manifestação de Interesse. Embora o risco se lance sobre todo o processo das contratações públicas, e não exclusivamente sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, é preciso enfrentá-lo e é preciso buscar formas para mitigá-lo.

O *risco de captura* define-se pelo *perigo de que os interesses dos agentes públicos responsáveis pela estruturação final do projeto*

concessório sejam capturados indevidamente em favor de interesses ilegítimos dos participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse e, a partir disso, renunciem ao interesse público em suas decisões sobre o projeto.

A captura do interesse público pelo interesse privado ocorre, na forma clássica, por meio de conluio entre o particular e o agente público representante da Administração Pública, mas também pode vir a efeito por meio de ascendência técnica ou gerencial do primeiro sobre o último. Cuida este tópico, ainda, do eventual conluio entre particulares, que pode resultar igualmente numa derrogação do interesse público em favor do interesse privado.

4.2.5.1 A teoria da captura interpretada em vistas do Procedimento de Manifestação de Interesse

Para se interpretar a teoria da captura a partir do Procedimento de Manifestação de Interesse, reputa-se adequado apresentar os seus elementos originais, que foram desenvolvidos a partir do tema da regulação dos serviços de utilidade pública, especialmente nos Estados Unidos da América.

Embora a regulação dos serviços públicos delegados encontre-se sob a competência das agências reguladoras – propositadas a exercer suas atividades com independência política, administrativa e financeira (BINENBOJM, 2008, p. 41) –, as licitações que dão origem aos contratos administrativos de concessão são inteiramente elaboradas pela Administração Pública e é nesta oportunidade em que muito do interesse público pode ser capturado.

Portanto, nada obstante a discussão original versar sobre o tema da regulação de serviços pelo Estado ou por agências independentes, as reflexões levantadas pela teoria da captura são pertinentes também para os relacionamentos contratuais entre o setor público e o setor privado, pois o mesmo risco acomete o interesse público nas regulamentações específicas das licitações públicas e dos próprios contratos de concessão comum e de parceria público-privada.

A *teoria da captura* é compartilhada, por mais excêntrico que pareça, entre marxistas e economistas do livre mercado, e sustenta que, na realidade, a regulação é “formulada em resposta às demandas de grupos de interesse se digladiando para maximizar os benefícios de seus próprios membros.”. Trata-se de uma resposta à “teoria do interesse público”, que sustenta que “a regulação é criada em resposta a uma

demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas.” (POSNER, 2004, p. 50).

Os primeiros estudos a respeito de uma teoria da captura surgiram em meados da década de 1960, nos Estados Unidos da América, como crítica à regulação dos serviços de utilidade pública pelo Estado. Costuma-se apontar como marco desse pensamento um artigo publicado por George Stigler e Claire Friedland, em outubro de 1962, na Universidade de Chicago, em que constataram que a regulação havida na indústria elétrica estadunidense havia sido incapaz de reduzir tarifas a níveis mais baixos do que aquelas do regime livre de regulação. William A. Jordan, utilizando-se desse e de outros estudos análogos, verificou, em abril de 1972¹²⁸, que nos ramos em que não havia monopólio econômico natural, sobretudo nos transportes aéreos e terrestres, a regulação havia provocado o aumento das tarifas e a redução do número de competidores e, nos ramos em que havia o monopólio, a regulação não havia sido capaz de reduzir os preços. (BRUCE et al, 1996, p. 20)

Novamente George Stigler, em 1971 (p. 3-21), publicou um novo artigo intitulado “A Teoria Econômica da Regulação” (tradução livre), em que trouxe fundamentação econômica à teoria da captura.

O autor partiu do pressuposto de que toda indústria que tiver influência política sobre os representantes políticos buscará controlar o acesso à entrada de seu mercado. Quanto à forma que isso ocorre, destacou que seria da própria natureza do comportamento dos representantes políticos, pautado pela busca da maximização dos seus interesses individuais, que, nesse caso, poderiam ser traduzidos por sucesso nas eleições (votos) e dinheiro.

Como desdobramento do pressuposto, o autor chegou ao seguinte raciocínio: admitindo-se que grupos menores, mais informados a respeito da atividade a ser regulamentada e com maior quantidade de recursos, teriam melhores condições de atuar junto ao representante político, ou seja, conferir a ele votos e/ou dinheiro (financiamento de eleições, por exemplo), do que grupos maiores que, embora afetados pela atividade a ser regulamentada, possuem pouca informação específica sobre ela e menor capacidade de organização, como os próprios usuários, a regulação dos serviços tenderia a servir aos interesses dos grupos menores, representados pelos prestadores dos serviços. A regulação, que em tese

¹²⁸ Para maiores informações, os artigos e os endereços eletrônicos para o acesso encontram-se referenciados ao final do estudo.

serviria para atenuar os excessos, acabaria por acentuá-los. (STIGLER, 1971, p. 12-13)

Com esse suporte teórico, a conclusão que se segue é a de que mesmo que se admita a existência das falhas de mercado, a regulação da prestação de determinado serviço não será capaz de suprimir ou reduzir as ineficiências, porquanto os setores da economia sob regulação terão maior propensão a influenciar o maquinário político para seus próprios fins, razões pelas quais deveria, para os defensores do livre mercado, haver a desregulação dessas atividades. (BRUCE et al, 1996, p. 20-21)

Em resumo, a teoria da captura assume dois pressupostos que, caso validados, ensejam a consequência negativa observada: (i) os *particulares interessados em prestar determinada utilidade pública* buscarão exercer influência sobre os *agentes públicos* e estarão mais organizados e mais capacitados do que os *usuários* (particulares que receberão a prestação dessa utilidade); (ii) os *agentes públicos* estão dispostos a satisfazer os seus interesses privados em detrimento do interesse público e, então, sujeitos a atender aos interesses dos *particulares interessados em prestar aquela utilidade pública*.

Sem realizar juízo de mérito sobre a consistência dessa teoria ou mesmo apresentar as demais teorias da regulação econômica, o que fugiria ao escopo do presente estudo, conclui-se que a sua simples existência empresta utilidade para reforçar o alerta em favor dos riscos da imoralidade nas atuações dos agentes públicos em Procedimento de Manifestação de Interesse¹²⁹.

¹²⁹ Anote-se o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 685, nota 20), que relata o contexto em que se passa a regulação dos serviços públicos brasileiros e dá notícia de que, muito embora a figura central devesse ser representada pelo cidadão, os interesses das agências reguladoras parecem estar voltados aos interesses dos concessionários. Trata-se de fato que se amolda às previsões da teoria da captura. Veja-se:

“As agências reguladoras que na linguagem oficial foram supostamente criadas para assegurar os direitos dos usuários comportam-se como se fossem inteiramente desinteressadas disto e muito mais interessadas nos interesses das concessionárias, ao ponto de se poder supor que foram introduzidas entre nós com este deliberado propósito. A situação calamitosa dos serviços aéreos serve de excelente demonstração da nulidade das agências reguladoras na defesa dos usuários. As telecomunicações telefônicas são disparadamente as campeãs brasileiras em reclamações dos consumidores, sem que daí resultem as presumidas sanções supostas na legislação.”

Vale dizer que, de forma reiterada, a mídia divulga casos de desvios de conduta moral por agentes públicos. São casos de direcionamento de licitações públicas, burla ao procedimento licitatório, concessão de aditivos contratuais inadequados, dentre outras práticas claramente ilegítimas e que representam claramente a hipótese de *captura do interesse público pelos interesses privados ilegítimos*.

No presente caso, as preocupações recaem sobre os “contornos pouco republicanos” que muitas vezes delineiam os diálogos entre a Administração Pública e os particulares na fase de estruturação de projetos (PEREIRA, 2011, p. 5). O risco de captura por imoralidade é, portanto, um aspecto a ser considerado de forma permanente para a boa prática do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois o procedimento pode eventualmente viabilizar uma aproximação ilícita entre os particulares e agentes públicos.

Preocupação semelhante a essa foi sistematizada por Maurício Portugal Ribeiro, que didaticamente comentou a existência do “ciclo de locupletação ilícita da licitação pública”. Vale a transcrição (2011, p. 12-13):

A gênese desse ciclo é a existência de três condições:

- (1) Um agente público responsável por um processo licitatório de uma desestatização ou grande obra suscetível por razões lícitas (ascendência técnica), ou ilícitas (corrupção), à influência de um ou de um conjunto de potenciais participantes da licitação;
- (2) Um ou um conjunto de potenciais participantes de licitação que possam se coordenar para propor um conjunto de condições para a participação de licitação que impeçam outros potenciais participantes de entrar na licitação;
- (3) Possibilidade de desenvolvimento de barreiras de mercado que possam ser incluídas nos editais de licitação, e ocultadas ou legitimadas perante os fiscalizadores do Governo, por exemplo, TCU, TCEs, Ministério Público etc.

Quando há essas condições básicas, então o ciclo de locupletação ilícita da licitação pode se fechar, permitindo:

- a) a criação de barreiras de entrada, o que permite reduzir a um universo controlado aqueles que poderão participar da licitação;

- b) a redução do universo de participantes, que permite que eles combinem entre si as formas de distribuição dos ganhos advindos da licitação viciada (que pode envolver um ou mais projetos, simultaneamente ou sequencialmente), ou seja, permite a ocorrência de conluio;
- c) eventual sucesso do conluio, que realimenta o ciclo, posto que o canal no Poder Público para a realização da corrupção ou indevida que deu origem ao ciclo se torna conhecido dos participantes do conluio, que se têm por encorajados a perpetuar o ciclo.

Caso o Procedimento de Manifestação de Interesse não seja desenvolvido com a rígida observância dos valores e princípios que lhe regem, os particulares poderão se valer dele para potencializar a locupletação ilícita da licitação pública, dando ensejo à denominada captura do interesse público.

Anote-se, contudo, que, ao que tudo indica, o emprego do procedimento, se bem regulamentado, poderá também mitigar os riscos dessa locupletação ilícita, que é afeita a todas as licitações públicas, seja ou não para a delegação de alguma utilidade pública.

4.2.5.2 O risco de legitimação de relacionamento ilícito pretérito via Procedimento de Manifestação de Interesse

Sob outro aspecto relacionado com a captura do interesse público, o Procedimento de Manifestação de Interesse pode servir como meio de (falsa) legitimação de relacionamento ilícito pretérito entre agente público e o particular. Nesse caso, a captura não ocorrerá por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse, mas se valerá dele para receber uma aparente legitimidade perante a sociedade.

É que, como se expôs, uma das vantagens do Procedimento de Manifestação de Interesse é conferir maior segurança jurídica à estruturação das concessões comuns e parcerias público-privadas, uma vez que o processo de formação desse projeto é elaborado de forma coletiva e participativa, o que respalda a legitimidade material às tomadas de decisões.

Nasce desse processo de planejamento compartilhado uma espécie de presunção de legitimidade material da concessão, que acompanha os seus atos administrativos, como a decisão pelo lançamento da licitação

pública e o próprio conteúdo do edital. Pressupõe-se que tudo é fruto de um procedimento administrativo democrático, consensual e transparente.

A questão é que a maior segurança oferecida pela institucionalização da construção do projeto de concessão pode se travestir em processo de aparente legitimação, que atenuará os vestígios dos relacionamentos ilícitos pretéritos entre agentes públicos e particulares mal intencionados com o interesse público. Ou seja, existe o risco de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja empregado para dar ares de licitude a um relacionamento contrário ao direito, em que a escolha de determinado projeto se dará viciada em favor de um particular mancomunado com os representantes daquela Administração.

Trocando-se em miúdos, o relacionamento que antes se dava às escuras formaliza-se em procedimento que se pretende democrático e transparente, utilizando-se dessa sua vertente para cobrir os indícios da imoralidade pública.

Sugere-se como medidas mitigadoras do risco, em primeiro lugar, a adoção de práticas em favor de transparência em medida máxima, tema que será tratado mais adiante. Como decorrência da transparência, supõe-se que o ambiente do Procedimento de Manifestação de Interesse se mostrará propício ao exercício de controle pelos órgãos oficiais e pelos próprios interessados.

Demais disso, como se viu, o direito administrativo contemporâneo exige mais do que uma simples decisão motivada – requer-se provas de sua compatibilidade material com o interesse público –, o que também reduz a margem para a corrupção e para a imoralidade.

Aliás, dedicação especial deve ser destinada à etapa final do procedimento, quando os estudos são avaliados e selecionados, e a modelagem da concessão é delineada. Se houver legitimação de alguma ilicitude, será nesse momento em que o seu produto se consolidará, por isso a atenção mais detida.

Com essas medidas mitigadoras, o risco de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja palco de legitimação de ilicitudes se reduz substancialmente. O Procedimento de Manifestação de Interesse deverá se constituir, pelo contrário, em palco de exposição dos relacionamentos, que repele e não aceita interessados em locupletar o interesse público.

4.2.5.3 O risco de captura do interesse público por ascendência técnica do particular ou por incapacidade gerencial da Administração Pública

Embora não causado por condutas imorais, há outro risco que pode resultar na captura do interesse público pelo interesse privado. O risco sobressai quando há ascendência técnica do particular sobre o agente público, causada pela assimetria de informações ou por incapacidade técnica e gerencial da Administração Pública.

Dessa sorte, a consequência é que o particular consegue embutir interesses incompatíveis com o interesse público na estruturação do projeto de concessão comum ou de parceria público-privada.

Há perigo, inclusive, que a ascendência técnica do particular sobre a Administração Pública seja acentuada ao longo do Procedimento de Manifestação de Interesse. É que ao disponibilizar as informações suficientes para a elaboração da solução concessória, o interesse público sujeita-se ao risco de que a assimilação do projeto seja muito maior por parte do particular do que pela Administração Pública.

Isso significa que a Administração Pública estará em situação de desvantagem por não manter o controle informacional do processo. Dessa sorte, até em razão da celeridade com que o projeto será estruturado, a Administração Pública terá dificuldades ou não conseguirá definir adequadamente informações relevantes da modelagem final do projeto. Em poucas palavras: a Administração Pública se deixará influenciar por não ter domínio das informações e das consequências de suas opções.

A captura do interesse público pode lograr êxito também em decurso da própria desorganização interna da Administração Pública, que, incapaz de gerenciar o procedimento, encontrará dificuldades para a definição do projeto de acordo com os seus interesses, restando vulnerável o interesse público aos interesses particulares ilegítimos. É necessário que os agentes públicos estejam efetivamente envolvidos e que os seus interesses estejam alinhados durante o Procedimento de Manifestação de Interesse. Recomenda-se, também, caso haja assimetria de informações técnicas entre os agentes públicos responsáveis pela condução do procedimento, que a Administração Pública se valha de serviços de consultoria externa especializada para apoiá-la durante as etapas.

Em atenção a esses riscos é que se argumenta que a Administração Pública *não pode ser rebocada* pelos participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse, *e sim qualificar-se como a condutora* da realização dos estudos. (BELÉM, 2013)

A assimetria de informações poderá ser acentuada acaso a Administração Pública não tome as rédeas do Procedimento de Manifestação de Interesse e, com isso, o risco de captura do interesse público se põe em realce.

É importante, por exemplo, que no edital de solicitação de manifestação de interesse, a Administração Pública compreenda e dê as coordenadas para a elaboração dos estudos, para que o material resultante encontre-se dentro do esperado e possa ser bem assimilado pelos agentes públicos responsáveis pela consolidação da modelagem.

De mais a mais, para evitar o risco da captura, há que se impedir lançamentos descuidados do Procedimento de Manifestação de Interesse. Sob nenhuma hipótese pode-se consentir que Administração Pública priorize a capacidade de receber uma solução a curto prazo em detrimento da necessária e prévia redução de assimetria informacional. Leia-se, nesse sentido, Bruno Ramos Pereira (2011, p. 7):

É importante ressaltar que o desenho de um PMI específico enfrenta o seguinte conflito de escolha: na medida em que o PMI fornece subsídios para a estruturação mais ágil de um projeto de infraestrutura, o instrumento, por outro lado, tende a ser conduzido e intelectualmente liderado pelo setor privado, o que poderia reforçar a assimetria de informação entre os setores público e privado.

Doutro norte, convém considerar que o particular empreendedor, na qualidade de interessado na licitação pública, poderá guardar consigo informações que considere vantajosas para a sua participação, exercendo o que antes foi apresentado como um *comportamento oportunista*, em que o particular não compartilhará integralmente de suas interpretações sobre essas informações ou aduzirá conclusões distorcidas, pretendendo guardar para si alguma vantagem que possa disso decorrer. Como é questão intrínseca à natureza das relações econômicas, cabe à Administração Pública estruturar-se de maneira adequada para gerenciar o Procedimento de Manifestação de Interesse e evitar a materialização desse risco.

Outra reflexão a ser levada como pressuposto pela Administração Pública é a de que os participantes de um Procedimento de Manifestação de Interesse defenderão os seus interesses antes que quaisquer outros. O instituto carrega em seu nome justamente o que se pretende dos particulares: conhecer os interesses cultivados sobre o objeto a ser executado.

E o particular, cujas amarras com o interesse público não são maiores do que as que nutre com os seus próprios interesses, defenderá a sua proposta livremente, embora tendente a harmonizá-los com o interesse público, como já exposto. Os participantes podem oferecer

argumentos consistentes ou não, restando à Administração Pública julgar a qualidade do material, sem prejuízo de que, em igual medida, a sociedade civil também se manifeste sobre esse conteúdo.

Ou seja, não se deve presumir que as informações prestadas pelos particulares sejam imparciais. Deve-se presumir, em princípio, que podem ser parciais, mas que isso não necessariamente representa algo negativo para o interesse público, pois pode ser algo a ser devidamente considerado.

Justamente pela pluralidade de interesses que envolvem uma concessão é que se defende que a omissão de manifestações contrárias por ocasião da preparação de sua licitação pública representa uma conveniência apenas aparente para a Administração Pública, tendo em vista que as discordâncias não havidas nessa etapa se desvelarão mais tarde. Mais adequado, então, promover e incentivar o compartilhamento e o confronto de interesses em momento prévio à licitação, em que podem ser expostas diferentes correntes de opinião e se prevenir dos futuros litígios, conferindo-se, assim, a tão necessária segurança jurídica aos contratos de concessão comum e parceria público-privada (JUSTEN FILHO, 2003, p. 205)¹³⁰.

Por isso é que se defende que a intervenção do particular nos procedimento administrativo não deve ser analisada sob a ótica simplista de que ele buscará defender seus interesses perante a Administração Pública, e sim “como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação.”. A Administração Pública deverá se valer dessa oportunidade para se atentar

¹³⁰ Como consequência do argumento, constatações como a relatada por Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p. 120-121) não formam convicção contrária às benesses do Procedimento de Manifestação de Interesse, antes, reconhecem a necessidade de maior atenção à etapa de avaliação das propostas de interesse e de consolidação da modelagem final da concessão: “Apesar de consultorias de reputação em regra não aceitarem distorcer dados em favor de seu cliente, é verdade que, especialmente no nosso contexto, as firmas de consultoria buscam defender o interesse do seu cliente. Evidente que se a ideia é usar consultoria para validação de dados para o Poder Público, essa consultoria deve ser selecionada, e se reportar ao Poder Público, do contrário ela terá sempre incentivos para defender o interesse do seu cliente. [Em nota de rodapé] Aliás, consultorias, de marcas conhecidas pela sua reputação fora do Brasil, no Brasil, têm sido contratadas muitas vezes por empresas de engenharia, em processos chamados de “manifestação de interesse”, para legitimar a adoção pelo Poder Público de estruturas que, muitas vezes, não lhes beneficiam. (RIBEIRO, 2011, p. 120-121)”

justamente aos “novos factos e interesses que ele pode vir a trazer ao procedimento, concebendo-se o particular como um participante activo da realização da função administrativa.” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 306).

4.2.5.4 O risco de conluio entre os futuros licitantes

Há também o risco de conluio entre os próprios particulares, que podem planejar fraudar a competitividade da licitação pública.

Sobre o assunto, Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 25) dá realce à questão da cronologia da recepção de documentos nas licitações públicas de concessão comum e parceria público-privada. O autor analisa o risco de conluio entre os participantes e conclui que o procedimento licitatório deve ser estruturado de forma que os licitantes não possam “delimitar, com absoluta certeza, o universo dos participantes da licitação antes do recebimento das propostas.”.

O autor exemplifica os casos em que a fase de pré-qualificação/habilitação é apartada da entrega dos documentos da proposta, o que permite que os licitantes conversem antes de apresentar a proposta.

Outro exemplo é quando a apresentação de garantia da proposta ocorre dias antes da entrega dos demais documentos, ocasião em que de alguma forma o conteúdo da lista, com a indicação dos particulares que entregaram a garantia, pode ser conhecido por algum licitante.

A consequência desses exemplos é que ao se conhecer a totalidade do universo de participantes, os licitantes podem ajustar interesses entre si, aumentando-se o risco de conluio em desfavor da Administração Pública.

Impossível não remeter o assunto ao Procedimento de Manifestação de Interesse. De fato, os interessados na licitação pública podem dialogar no curso do procedimento.

Contudo, há que se notar que ainda não há qualquer definição sobre o futuro universo de licitantes, o que reduz significativamente a eficácia de eventuais conluios quando em comparação aos ambientes em que há certeza sobre a identidade dos licitantes. O acerto de preços ou o acerto de vencedores de lotes depende do conhecimento de todos os participantes, caso contrário não haverá como boicotar a competição.

Sob a perspectiva da Administração Pública, deve-se socorrer à mesma solução considerada por Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 13)

como a melhor forma de se prevenir as imoralidades nas licitações públicas: reduzir ou eliminar as barreiras de entrada desnecessárias.

Então, para evitar o risco de conluio, que, como se viu, permeia diversas etapas da própria licitação pública, a Administração Pública deverá preocupar-se com a ampla publicidade e com a retirada de barreiras de entrada desnecessárias da licitação pública – e também do Procedimento de Manifestação de Interesse –, para que a sua competitividade seja acentuada.

O risco de conluio é radicalmente diminuído quando o número de participantes da licitação pública é expressivo, pois se não há ajuste entre todos os candidatos, os conluídos – que não representam a totalidade – dificilmente obterão sucesso se praticarem preços acima do que fariam em um regime de competição natural. Quanto maior o número de licitantes, menor a probabilidade de sucesso do eventual conluio entre participantes.

Como visto, o risco de conluio não é exclusivo ou originado pelo Procedimento de Manifestação de Interesse, mas está presente permanentemente em algumas etapas da própria licitação pública. Veja-se um último exemplo levantado por Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 26): há risco de conluio quando a abertura da proposta de preços é seguida de leilão eletrônico ou etapa de lances em viva-voz. Caso não se dê sequência imediata ao leilão, arrisca-se o interesse público à oportunidade de que os licitantes qualificados para a etapa final negociem entre si de forma a conceber, em conluio, ajuste para evitar a diminuição dos preços em benefício da Administração Pública.

Dessa sorte, entende-se que o risco de conluio entre os futuros licitantes em decorrência de Procedimento de Manifestação de Interesse, embora existente, não será tão expressivo para a licitação pública caso o projeto seja estruturado de forma competitiva. Demais disso, referencia-se que o risco maior de conluio entre particulares se encontra mais explícito em eventuais etapas da licitação pública em que o universo de licitantes encontra-se definido, pois não existe risco de que outro participante, que não compôs a trama, force os conluídos a renunciar o acordado para não prejudicar o êxito no certame.

4.2.6 Risco de agravamento da cultura da desconfiança dos particulares, do império do medo sobre os agentes públicos e do fomento ao controle obsessivo e excessivo.

“Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário.” (Irineu Evangelista de Sousa, o Barão de Mauá, no século XIX)¹³¹

Existe uma cultura da desconfiança no Brasil. De par com ela, o império do medo, que rege as atividades dos agentes públicos. E junto com tudo, o clamor por um controle obsessivo e excessivo.

A cultura da desconfiança é encampada por aqueles particulares que desconfiam das relações entre o Estado e os demais particulares. É uma desconfiança que se difunde a cada denúncia de corrupção ou de conluio. É uma desconfiança que vê com ceticismo qualquer vantagem anunciada dessa relação entre o público e privado. Essa cultura afigura-se espalhada entre muitos brasileiros, talvez a maior parte, e com o avanço das tecnologias da informação, que evidenciam esses acontecimentos, parece ter se alastrado ainda mais.

A cultura da desconfiança no Brasil costumava ser compartilhada, com exclusividade, entre aqueles particulares mais simpáticos a regimes políticos radicais de cunho social, cuja consequência teórica se desvela no patrocínio de um Estado-prestador – e não regulador –, que não entremeia suas atividades com as dos particulares, mas executa diretamente os serviços e as infraestruturas.

Muitos desses desconfiados desde sempre se colocaram como contrários às reformas desestatizantes. Formaram parte daquela metade da população – como simplificou Bolívar Laumonier (2000, p. 334) – que se posicionava contra as privatizações na década de 1990 “e de maneira talvez mais violenta no que se referia aos serviços públicos”.

A cultura da desconfiança não é mais exclusiva desses brasileiros, todavia. Passou a ser compartilhada também por brasileiros comuns, sem ideologia firmada, e, inclusive, com bastante ênfase, por alguns defensores de uma ordem econômica libertária, cujas consequências teóricas são completamente opostas àquelas do primeiro grupo, pois defendem a minimização ao máximo do Estado, que não deveria se imiscuir nas atividades dos particulares, mas relegá-las todas de sua esfera jurídica. Nem Estado-prestador, nem Estado-regulador, mas essencialmente liberal, de uma vez por todas, já que nunca fora. Apoiam

¹³¹ A citação foi extraída de uma de suas biografias. (ALZUGARAY, 1998, p.6)

seus estudos em comparativos de liberdade econômica e desenvolvimento social, entre o Brasil e os países mais livres ¹³².

Os primeiros desconfiam a partir da presunção de que qualquer aproximação entre a Administração Pública e os particulares em setores econômicos resultará em desprestígio ao interesse público. Presumem que o lucro pretendido pelo particular é um interesse inconciliável com o interesse público, pois, como o que se busca dessa relação é a sua maximização, ela sempre se dará em detrimento do interesse público. Jamais se ouviria harmonia dessa relação público-privado. É o pesar de Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 267):

No entanto, as saudáveis iniciativas ainda esbarram no preconceito e na desconfiança de alguns segmentos da sociedade em relação aos bons propósitos do setor privado, sugerindo que a cooperação técnica e financeira do mercado ao Estado é inconstitucional por ser subsidiada com recursos privados, afrontando a independência e imparcialidade dos Poderes Públicos.

Os últimos, libertários, desconfiam e acreditam que o agente público jamais incorporará o espírito público a ponto de não se deixar cair em tentação por um benefício particular qualquer. Adotam com mais energia os pressupostos da teoria da captura.

Partem do pressuposto de que a ausência de consentimento para a representação desses interesses deslegitima o poder político. Também, asseveram que a ausência de riscos sobre o agente público – que goza de grande estabilidade, independentemente de sua eficiência – fomenta ainda mais a ineficácia da Administração Pública.

A grande subversão seria a de que, no setor privado, quem investe os recursos, assumindo os riscos, é quem toma as decisões; quem valora os produtos, é quem recebe as prestações. No setor público, o contrário: quem investe os recursos, coercitivamente, é quem recebe as prestações, e quem toma as decisões, não é quem investe os recursos, pelo que não assume os riscos. Por corolário, a alocação dos recursos econômicos

¹³² Atualmente, o Brasil encontra-se em 100º lugar no ranking de liberdade econômica e 85º no ranking de índice de desenvolvimento econômico.

Informações disponíveis em:

http://hdr.undp.org/en/media/10_HDR2013_PT_Statistics.pdf e

<http://www.heritage.org/index/country/brazil> Acesso em 31 mar. 2013

jamais seria ótima se não empregada voluntariamente por aquele que os detêm.

Como consequência desse raciocínio, os interesses da coletividade jamais poderiam ser compulsoriamente representados por particulares investidos na função de zelar pelos interesses alheios, desvestidos do respectivo risco, já que, a final, são também particulares e, por natureza, buscam, em primeiro lugar, a maximização do seu próprio bem-estar, não o bem-estar alheio. A ausência de risco reduziria a noção de responsabilidade.

Para os libertários, jamais se ouvirá harmonia desse modelo de gestão pública, nem estritamente pública, tampouco público-privada. A ética nas funções públicas não interrogaria jamais a natureza egocêntrica do particular, ainda que houvesse exceções pontualíssimas. Essa seria a razão teórica que justificaria o fracasso do Estado-prestador e a desconfiança aguda sobre o Estado-regulador, consensual, pois de toda consensualidade, bem verdade, restaria escondida uma violência ao interesse individual, depositado em nome da coletividade.

Os desconfiados não libertários, por sua vez, encaram a reiteração da imoralidade como uma questão a ser combatida e solucionada – mais educação, mais controle, mais punição, mais ética. Os desapegados a ideologias misturam um pouco de cada receita, a depender dos fatos, mas desconfiam na mesma medida.

Posto que existam discordâncias a respeito da possibilidade de se materializar esses valores, todos assumem que, em teoria, a relação entre a Administração Pública e os particulares só é plausível mediante um cego respeito à moralidade, à honestidade, à ética, aos direitos depositados pela coletividade, à boa representação da democracia. Esses valores são buscados pela coletividade, independente da ideologia. Demanda-se da Administração Pública o que leciona Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 253-254):

A missão da Administração Pública é satisfazer o interesse público, que assume status de ponto de convergência de todos os princípios regentes da matéria. Ocorre que o interesse público pertence à coletividade, jamais a particulares, por maiores que sejam os seus atributos morais ou as suas autoridades. O interesse público diz respeito às expectativas do todo, não das partes individualmente concebidas. Dessa sorte, quem gerencia o interesse público não atua com as suas percepções pessoais, de acordo com as suas vontades, porém sempre com vistas nas

expectativas do todo. Quem gerencia o interesse público não pode se valer da posição que ocupa para lograr privilégios pessoais, sobrepondo a sua vontade individualmente concebida às pautas da coletividade.

É também o comentário da lavra de Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 237): “A convivência entre funções públicas e privadas passa, antes de mais nada, por um juízo de moralidade. A moralidade pressupõe, em linhas gerais, a ética e a probidade no trato da coisa pública.”.

Jamais existiu defesa teórica em favor da prática da corrupção. A corrupção é pacificamente considerada em todo o mundo como um dos mais sérios fatores impeditivos do desenvolvimento social e de alcance da dignidade da pessoa humana, responsável por retardar o crescimento econômico, criar sistemas de incentivos espúrios para os agentes públicos e distorcer quaisquer programas de redistribuição de riquezas (PEISAKHIN, 2012, p. 129). Corrupção não há que ser tolerada – embora seja, em parte, no Brasil, sob a forma mais amena do *jeitinho*, que representa algo como uma zona cinzenta entre o certo e o errado¹³³.

A questão, no entanto, é que essa corrupção, possivelmente endêmica, que arruína a política no Brasil, cultiva também a cultura da desconfiança, retirando muito da credibilidade dessas relações entre o público e o privado, mesmo das legítimas.

E o Procedimento de Manifestação de Interesse, como meio de diálogo entre o público e o privado, arrisca-se em meio a essas desconfianças. Caso os seus desígnios teóricos não sejam correspondidos, a cultura da desconfiança se agravará, visto que do relacionamento entre o público e o privado – mais uma vez, se dirá – os proveitos que dali procederam não corresponderão aos seus nobres propósitos, mas a propósitos outros – que desde sempre já estariam fadados, se dirá.

Como bem pondera Carlos Alberto Sardenberg (2008, p. 32), a corrupção, o assalto ao Estado, destrói as bases do regime político liberal, “pois nega uma condição essencial do conjunto do sistema: a igualdade de condições, a igualdade de direitos.”.

Arrisca-se ao agravamento da cultura de desconfianças, portanto, caso o desenvolvimento de Procedimento de Manifestação de Interesse

¹³³ Alberto Carlos Almeida toma nota de que 70% dos brasileiros com alta escolaridade (ensino superior completo, no mínimo) afirmam *que já deram algum jeitinho* em suas vidas. (2007, p. 49)

não encontre par com o direito. A preocupação com a má condução do instituto é compartilhada por Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 24):

A falta de organização e transparência com relação aos PMIs estaduais é preocupante, não só em função de eventual desestímulo para que cada vez mais e melhores empresas se interessem em apresentar estudos e contribuir com os relevantes projetos de infraestrutura, tema já discutido no tópico anterior, mas principalmente porque tende a contribuir com a “cultura da desconfiança” que a utilização desse instrumento pode gerar entre formadores de opinião e órgãos de controle.

Em acréscimo, veja-se que essa desconfiança em desfavor dos benefícios que se originam da aproximação entre a Administração Pública e os particulares é compartilhada por juristas consagrados, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 687), que identifica sérios problemas envolvendo as concessões:

Em abono destas concessões alega-se, muitas vezes, que o Estado é mau prestador de serviços, ao contrário do particular. Esquece-se, entretanto, de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou “controlador” do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos em alguns setores, decaiu visivelmente.

Nada disso é positivo e nada disso é infundado. Diga-se, de passagem, que há razoáveis motivos para supor que os donos do poder no Brasil estão conluiados com o Estado já há mais de cinco séculos (FAORO, 2001). O que há de ocorrer, então, minimamente, é o encontro

de meios adequados para a superação das práticas de corrupção na gestão pública e da cultura de patrimonialismos¹³⁴, sem incorrer em excessos.

Dito isto, considerando-se que o mero agravamento da cultura de desconfiança, por si, não traz benefícios à sociedade, apura-se o provável cenário que lhe segue, exposto na sequência¹³⁵.

Com o agravamento da cultura da desconfiança, dá-se fomento a uma trava ideológica e a um ímpeto moralista, que podem se manifestar em conjunto ou não, hoje já perceptíveis. O objeto de ataque são os mecanismos de aproximação entre a Administração Pública e os particulares. Essa trava ideológica e esse ímpeto moralista costumam se

¹³⁴ É o que Raimundo Faoro (1993, p. 14-17) denomina por “ordem patrimonialista”. Segundo o autor, o Brasil foi herdeiro do patrimonialismo português e, tendo recebido, com a independência, o impacto do mundo inglês, adotou uma espécie de máscara capitalista, mas sem superar o patrimonialismo. Concebe-se, então, por aqui, uma forma de patrimonialismo em que há a dependência da autoridade, em que o poder central, cercado de seu quadro administrativo, comanda a economia e o aparelhamento burocrático, dependente do poder central em razão do recrutamento e das retribuições. De fato, não parece difícil fazer a analogia. Interpretando-se a ideia de Raimundo Faoro, poder-se-ia considerar, nos dias de hoje, o poder central como o conjunto dos particulares donos do poder invisível da democracia (BOBBIO, 1986, p. 28), o quadro administrativo como todo o aparato burocrático da Administração Pública, o recrutamento como os cargos públicos em sentido lato e as oportunidades de negócios e retribuições como as remunerações diretas e os contratos administrativos. Mais adiante, Raimundo Faoro (1993, p. 17) reconhece no Brasil o Estado patrimonial oculto no capitalismo, que cria o “capitalismo politicamente orientado”, que controla, fomenta, estimula e faz da economia um apêndice do poder público.”.

¹³⁵ Só caberia defender os benefícios do agravamento das desconfianças caso dele surgisse alguma saída disruptiva da ordem atual, que resultasse em maior vantajosidade aos indivíduos da sociedade. Ou seja, uma reformulação paradigmática, algo que exigiria uma revolução estrutural, conceitual e valorativa dos institutos de direito. Se houvesse alguma, embora se acredite que muito dificilmente haverá, supõe-se que seria por um de dois caminhos já conhecidos: ou o Estado voltaria a se responsabilizar por tudo o que é de interesse da coletividade (o que os ideólogos mais sociais defenderão; a volta do Estado-providência, economicamente totalitário) ou o Estado se destituiria de absolutamente, ou quase isso, todas as suas responsabilidades, reconhecida uma carência de legitimidade formal e material para gerenciar os interesses da coletividade (o que os ideólogos mais libertários defenderão e os anteriores se colocarão completamente contrários). Mudanças mais amenas não seriam disruptivas e não requereriam o agravamento da cultura da desconfiança.

refletir em tentativas de recuperação da moralidade pública por intermédio do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas ou em tentativas acadêmicas que buscam deslegitimar os institutos de direito que admitem intercâmbio de ideias e interesses entre os particulares e a Administração Pública. Os fomentadores dessa trava ideológica e/ou desse ímpeto moralista costumam não medir esforços para evitar a aproximação entre os particulares e a Administração Pública; representam arautos da moralidade pública.

Contudo, não raramente, encontram-se desajeitados ou descoordenados pela insensibilidade, ou, quem sabe, incapacitados pelo próprio sistema. As soluções intrassistemáticas parecem todas barradas, como num labirinto cerrado. E, cegos, mas bem intencionados, não distinguem mais o joio do trigo e investem também contra o agente público que “a despeito de incompreensões, executa, de maneira séria, os deveres administrativos e, concomitantemente, assimila o controle como guardião benigno das escolhas legítimas” (FREITAS, 2009, p. 15).

Dá-se origem a ações cujas decisões sumárias determinam a indisponibilidade de bens de réus, inauditos, que passam década sem ver sentença. Aplicam-se sorrateiramente brocardos como *in dubio pro societate* sobre a responsabilização dos agentes públicos e dos particulares, gerando ambientes de insegurança jurídica em todas as relações contratuais do Estado. Suspendem-se, por períodos indeterminados e indetermináveis, com o amparo da primeira dúvida que surgir, os processos licitatórios para a concessão de serviços públicos essenciais à coletividade.

É o prejuízo que se reconhece originar da expressão: “sectarismos que opõem a discricionariedade destemperada ao controle não menos excessivo” (FREITAS, 2009, p.19). Dessa “discricionariedade destemperada” é que se desconfia e contra o que se requer o combate repressivo, donde surge o “controle não menos excessivo”.

É o mundo caótico de perseguições ilusórias cíclicas, que não chegam ao fim, nunca têm sucesso, sempre se renovam. Converte-se em controle obsessivo, que pune apenas e tudo o que é palpável, mas nunca encontra as respectivas raízes, que se assentam em sigilo, invisíveis.

E num Estado cuja política prefere a desestatização por regulação econômica à reestatização, como se qualifica o Brasil contemporâneo, agravar a cultura da desconfiança será sempre um jogo de *perde-perde*.

Perde-se a possibilidade de empreender as tarefas estatais mediante contratos mais eficientes com os particulares, pois se adicionam medidas burocráticas tendentes ao controle; perde-se também a própria eficiência desses contratos, em consequência da insegurança, fomentada pelas

travas ideológicas impostas nesses mesmo mecanismos de controle, que buscam reprimir as aproximações entre o Estado e os particulares, munidos da presunção de imoralidade.

E desse contexto exsurge o império do medo, que é o freio do agente público em sua investida para o interesse público. É o justo medo da tentativa descoordenada de controle da função administrativa. É o medo da improbidade administrativa, o medo da representação no Tribunal de Contas, o medo da auditoria interna da Secretaria da Fazenda. É o medo de personificar Josef K. em O Processo, de Franz Kafka, e não saber como fazer para se bem defender.

Desse império do medo resultam os freios e as ineficiências. As melhores soluções, se envolvem algum diálogo aberto com os particulares, já não são mais as melhores soluções. É exemplo de consequência desse império do medo o contorno de situações tal como a que relata Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 51):

Tradicionalmente, no Brasil, os agentes públicos que participam da estruturação do projeto e que se envolverão ou estão envolvidos na sua licitação geralmente evitam participar de reuniões com potenciais participantes da licitação para afastar eventuais acusações de favorecimento. O mais comum é que repassem essa responsabilidade de conversar com os potenciais participantes da licitação para os consultores responsáveis pela modelagem e estruturação do projeto.

Em vez de se estabelecerem meios regulares para o diálogo, dá-se a volta no problema. O diálogo, contudo, não deixa de existir, pois que é inevitável. É dizer que se não houver legitimidade para cambiar ideias e propósitos formalmente entre o público e o privado, os diálogos permanecerão na informalidade.

Para aqueles que não acreditam nas relações entre o público e o privado, então, o Procedimento de Manifestação de Interesse representa, no mínimo, uma alternativa “menos pior”.

Há risco, até, que o Procedimento de Manifestação de Interesse não seja empregado em virtude do império do medo, que faz presumir que o novo é ilícito e deve ser rejeitado. Leia-se outro exemplo, levantado por Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 38):

O advogado da Administração costuma *rejeitar as novidades*, e isso pelo simples fato de que, não tendo sido ainda testadas nos órgãos de controle, elas provavelmente serão malvistas. Claro, esses

órgãos têm a natural tendência de serem “do contra”, pois isso os valoriza (afinal, ninguém ligaria para um controlador que sempre está de acordo) e porque são treinados para desconfiar, querem encaixar tudo em moldes conhecidos e não têm compromisso com a ação, que cabe aos controlados, não a eles.

Em síntese, o respaldo fático da cultura da desconfiança fomenta o império do medo. Fragiliza-se a defesa legítima de que não pode haver presunção de imoralidade na relação entre os particulares e os agentes públicos, como sustenta Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 293). A defesa aguerrida apresentada pelo autor, em prestígio à legitimidade dos particulares para o exercício do direito de participação na formulação e na execução das políticas públicas, é abalada pela desconfiança.

O mesmo ocorre com os particulares que objetivam, além de seus interesses pessoais, colaborar com o aprimoramento das intervenções no Estado para o atendimento das expectativas e das carências da coletividade. O compartilhamento de interesses em busca do direito ao desenvolvimento é tolhido pelas desconfianças.

Passada essa contextualização, que se supôs necessária, chega-se à conclusão de que, em Procedimento de Manifestação de Interesse, a medida mitigadora dessas desconfianças se dará acaso se consiga demonstrar que a aproximação da Administração Pública e dos particulares, por seu intermédio, resultará em benefício à coletividade e não em prejuízo.

E para que efetivamente resulte em benefício à coletividade, torna-se mandatório que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja promovido com a observância dos valores e princípios de direito administrativo, com escora na Constituição Federal. Em especial, como pressuposto para que os demais princípios possam ser atendidos em grau ótimo, levanta-se o dever de máxima observância da transparência, assunto comentado na sequência.

4.3 O DESAFIO DE TRANSPARÊNCIA ATIVA SOBRE O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.

4.3.1 Uma situação hipotética extremada e uma proposição de solução: a transparência ativa.

O perigo da captura do interesse público é seriíssimo e merece mais destaque. A captura dá ensejo à cultura da desconfiança dos particulares, ao império do medo sobre os agentes públicos e ao controle excessivo e obsessivo, que retiram do Procedimento de Manifestação de Interesse qualquer possibilidade de materializar os seus benefícios teóricos.

A questão das imoralidades na gestão da Administração Pública, sobretudo em suas relações contratuais, é um problema notadamente reconhecido. Não há como sonegar que a atuação administrativa no Brasil se dá “em ambiente maculado, desde o período colonial, pela maciça exposição a métodos fisiológicos e até de sistêmica corrupção” (FREITAS, 2009, p. 10).

O problema urge por um antídoto, que seja capaz de submeter as práticas de corrupção à lei. Demanda-se por um expediente que dê solução, mas que não prejudique o que existe de harmônico na inevitável e necessária relação público-privada. A solução ideal deve enaltecer o que há de proficiente para o interesse público e impedir o que há de deficiente.

Fato é, contudo, que não se conhece a exata conjuntura em que se manifestam as relações entre cada Administração e cada particular. Tem-se apenas uma noção, conta-se com algumas suposições, extraídas de fatos isolados ou contextualmente considerados. Em outras palavras, não se conhece o quadro clínico específico e detalhado do problema que se pretende resolver. Ao mesmo tempo, requer-se uma solução que tenha efeitos gerais sobre toda a Administração Pública.

Demanda-se uma solução potencialmente capaz de resolver problemas peculiares, desconhecidos em suas minúcias, mas que guardam em comum o âmago do problema.

É razoável supor que um método adequado para bem compreender o objeto a ser solucionado é considerar o mais crítico possível dos quadros fáticos – ou até, um quadro fático mais crítico do que o possível.

Assim, conjecturando-se um cenário com o que há de pior, analisa-se qual seria o expediente a ser empregado, que, entende-se, valerá também para os cenários menos graves. Desde que não haja prejuízos, ou seja, desde que essa solução não afete direitos, ela pode ser empregada de forma ampla.

Dai então vem a ser apropriado desenhar um quadro jurídico de uma realidade sabidamente mais inconveniente do que a existente, para que se possa planejar uma solução que dê conta de remediar efetivamente, no mínimo, os problemas mais graves e mais evidentes.

Dessa sorte, imagine-se as características de uma Administração Pública brasileira que não se quer que seja real, retratando-se um quadro sabidamente mais delicado que o atual.

Imagine-se uma conjuntura em que não tivesse havido qualquer avanço no sentido de afastar a cultura patrimonialista apontada por Raimundo Faoro (1993; 2001) e que as desconfiças da população fossem todas acertadas.

Ter-se-ia uma Administração Pública mancomunada com uma casta de particulares que dela usurpavam privilégios. Os amigos do Imperador de ontem seriam os amigos dos Administradores de hoje. As licitações públicas no Brasil estariam todas contaminadas por interesses outros que não os legítimos, os editais seriam no mais das vezes direcionados, os agentes públicos receberiam indiscriminadamente propinas e isso seria de conhecimento geral. Tudo explicado pelo jeitinho brasileiro. Haveria sistemas capengas de controle, que errariam as doses ao condenar os meio-inocentes mais ingênuos e absolveriam os espertos meio-culpados. Os inteiro-culpados jamais seriam vistos, o radar não os detectaria. Os fins justificariam os meios e os agentes públicos teriam, todos, um preço. Uma contratação direta sem conspiração seria tão rara quanto encontrar uma pepita de ouro numa praça de Brasília.

Neste cenário, as concessões de serviços públicos serviriam, bem verdade, para transformar poder político em poder econômico, assegurando o futuro por décadas de governantes cujo mandato se encerraria em meses, tudo em companhia de seus amigos, todos no esquema. As parcerias público-privadas, em vez de cumprirem o seu intento de buscar recursos de investidores privados, que deveriam financiá-las e assumir riscos porque perceberiam na concretude dos projetos de infraestrutura uma boa oportunidade de negócio, na realidade, seriam financiadas por recursos públicos a serem arrecadados pelas próximas gerações, mediante a emissão irrestrita de títulos da dívida pública pelo Tesouro Direto da União, devidamente indexados e emprestados a preço vil àqueles investidores, amigos dos reis administradores.

Cogite-se um cenário em que as garantias de execução e as garantias para se obter o financiamento das parcerias público-privadas, a serem apresentadas pelos investidores, fossem avaliadas por um banco administrado pelo próprio Estado, que, patrimonialista, conluiado com o particular, aceitaria o que é de menos pelo que é demais, de bom grado, e tal omissão ajudaria a postergar o disparate.

Neste Brasil, seriam elaborados projetos monstruosos e ineficientes de infraestrutura, em que todos os privilegiados poderiam trabalhar em sua construção, com dinheiro pago à vista, e deixariam para a Administração Pública, do futuro, a manutenção e a exploração

daquelas obras sustentavelmente malditas. Para o desespero do interesse da coletividade, no final das contas, o planejamento dos projetos das concessões não seria algo muito relevante.

O Procedimento de Manifestação de Interesse viria a calhar para dar roupagem de legitimidade, mas não haveria de se provar muita coisa, a estruturação final já surgiria encadernada, pronta para o lançamento da licitação, antes mesmo do lançamento do procedimento preparatório, e com tudo devidamente acertado: as inviabilidades econômicas se resolveriam em aditivos, à pronta-entrega, a ineficiência seria atribuída ao projeto oficialmente elaborado de forma democrática pela Administração Pública, mas informalmente entregue à sorrelfa pelo particular e, assim, no decorrer dos anos, o erário ficaria responsável por cobrir o prejuízo do conserto.

Nesse concerto de tramoias, o maior prejudicado seria o cidadão, que sem nada saber, sem nada poder, veria o seu dinheiro ser escamoteado pela inflação gerada pela emissão desenfreada de crédito sem lastro, seria violentado por impostos que representariam antes espoliação legal que uma contribuição social, e os futuros brasileiros nasceriam já endividados.

Bem, se o panorama fosse esse, exagerado como está, o último dos expedientes, antes do colapso, seria a transparência radical. Espera-se estar bem longe dessa situação hipotética extremada. De qualquer sorte, mesmo em um cenário mais ameno do que o ilustrado, mas ainda com alguns daqueles problemas, a transparência continuaria a ser o melhor socorro. A transparência exalta os bons e expõe os maus; a corrupção sucumbe à transparência e o que há de profícuo na relação público-privada é potencializado.

Em passagem célebre, Immanuel Kant (2006, p. 114) elevou a publicidade ao fator determinante para verificar se uma ação é justa ou injusta, proclamando como *fórmula transcendental de direito público* a seguinte proposição: “*São injustas todas as ações que se referem ao Direito de outros homens cujos princípios não suportam a publicação.*”. E o remate não menos nobre dado por Norberto Bobbio (1986, p. 30) também confere apoio:

[...] a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.

A receita é antiga e é ora recomendada. Bem verdade, serve para toda contratação pública. Para escapar das profecias da teoria da captura, o Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser imbuído da nobre missão de conferir transparência ao processo de planejamento das concessões. A. P. Ducret transcreveu citação de um ministro francês, que em 1861 também teria afirmado o óbvio ululante (1984, p. 12):

“Todos os negócios devem ser tratados abertamente à luz do dia, sobretudo quando se trata de obras públicas e de fornecimentos. A adjudicação de todos os empreendimentos deve ser feita sob a vigilância do olhar da população, sob o aguilhão da liberdade provida da hasta pública. Publicidade e concorrência, tais são, a despeito das afirmações em contrário, as melhores regras neste caso. É de suma importância que a Administração possa escapar não só ao abuso, como também à suspeita.”

Se existe risco de captura do agente público por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse – e supõe-se que exista –, há o dever de minimizá-lo imprimindo transparência de forma radical, ou seja, de forma ativa pela Administração Pública¹³⁶.

E como se materializa a observância da transparência quando aplicada ao Procedimento de Manifestação de Interesse? Concretiza-se pela divulgação e exposição espontânea, organizada e obrigatória de todas as informações e de todos os documentos manejados pela Administração Pública, em formato aberto, livre e acessível, por meios adequados, para a obtenção e disposição indistinta por parte dos particulares, sem qualquer espécie de controle administrativo prévio ou de finalidade, ressalvado o sigilo apenas para as específicas hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Insista-se nos benefícios que resultam da transparência, é o que busca demonstrar no próximo item.

¹³⁶ O compromisso com uma concepção radical da transparência sobre os Procedimentos de Manifestação de Interesse é compartilhado por Bruno Ramos Pereira (2011, p. 15): “Outro ponto essencial envolve o radical compromisso com a transparência durante todo o PMI. Idealmente, o poder público deve criar páginas eletrônicas específicas, concentrando informações sobre todos os PMIs que executar.”

4.3.2 Os benefícios que resultam da transparência ativa

O Estado é a redoma que protege o interesse público, o mais precioso de seus bens. Como toda redoma que se preze, o Estado é transparente, para que todos possam perceber e desfrutar da proteção que recebe o interesse público. Numa redoma opaca, cerrado estará o interesse público e ninguém terá confiança ou certeza de que ele está sendo bem protegido; faltarão informações, sobrarão incertezas.

A transparência não se mantém perene nos objetos sensíveis aos efeitos da realidade. A transparência deve ser guarnecida, deve ser assegurada. A redoma deve ser conservada límpida, clara. E a coletividade afiançou aos agentes públicos a responsabilidade pela transparência do Estado.

Em termos legais, é o que se denomina por transparência ativa, definida pelo artigo 8º da Lei Federal nº 12.527/2011 como o *dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas*. A complementação do 7º do Decreto Federal nº 7.724/2012 foi perspicaz: regulamentou *local de fácil acesso* como os sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, a *internet*.

Pois bem. Há um grande desafio para que a Administração Pública passe a empregar espontaneamente práticas de transparência aos Procedimentos de Manifestação de Interesse.

Os benefícios teóricos do Procedimento de Manifestação de Interesse dificilmente serão efetivados se o seu desenvolvimento não for acompanhado da transparência administrativa.

É o que apontam Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. vii): o oferecimento de estudos e projetos pelos particulares deve ser acompanhado de um processo transparente e competitivo (para ser competitivo, requer-se isonomia e transparência, como se viu), caso contrário, o que disso resultará será o aumento da percepção sobre a corrupção governamental. Os autores adotam, tal como ora também se assume, a transparência como premissa para que o procedimento possa efetivamente contribuir com os projetos a serem empreendidos pela Administração Pública. Ao final de amplo estudo empírico de abrangência internacional, os autores concluem que, respeitados os ditames da transparência e da concorrência de interesses entre os particulares, é muito mais proveitoso que um país possua um sistema

organizado e regulamentado para o recebimento de estudos e projetos dos particulares do que que não tenha previsão alguma.

A lógica da transparência é que as soluções, as problemáticas, as imoralidades, as moralidades, as ineficiências, as deficiências, as eficiências, as arbitrariedades e as vantajosidades sejam expostas à coletividade, que é soberana numa república.

Com transparência, os problemas e as possíveis soluções emergem de um subterrâneo antes obscuro e são assimilados pelos particulares, são coletivizados. Tudo em exposição, os argumentos são conhecidos, não há desconfiças infundadas e todos têm o direito de colaborar, de apreciar, de opinar, de controlar, de participar. Sem transparência, todo o projeto fica vulnerável a alegações de corrupção, mesmo que infundadas¹³⁷.

Com transparência, as *imoralidades diminuem*, pois o risco do flagrante é maior. As *ineficiências diminuem*, pois (i) a coletividade, mais consciente dos meandros do procedimento, não ignora a responsabilidade que desponta da oportunidade de participar da formação das decisões; (ii) a publicidade do projeto, que é ampla, angaria mais participantes, facilita o acesso a financiamentos e a busca por parceiros comerciais; (iii) o procedimento recebe mais contribuições daqueles interessados na prestação eficiente daquela utilidade pública; (iv) aproximam-se, confrontam-se e harmonizam-se os interesses envolvidos, que são mais bem controlados. As *arbitrariedades diminuem* porque decisões bem fundamentadas passam a representar o mínimo; a exposição detalhada dos motivos, dos pressupostos fáticos e jurídicos, da compatibilidade com os valores e princípios constitucionais finalmente passa a ser pressuposto de legitimidade. Acresça-se o comentário certo de Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 163):

À proporção que a transparência administrativa aumenta, é elementar a redução da opacidade da Administração Pública. Assim, há contribuição para a efetiva observância dos demais princípios da Administração Pública, acarretando o crescimento simétrico do controle, da fiscalização, da participação e da acessibilidade. Também há a restauração (ou a instauração) de um clima de confiança em relação à Administração Pública,

¹³⁷ Neste sentido, Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. 3), tradução livre: “Em alguns casos, a corrupção pode até não existir, mas a falta de transparência irá tornar os projetos vulneráveis a acusações dos opositores políticos.”

incutindo um comportamento mais juridicizado pelos agentes públicos. A fiscalização decorrente é fator psicológico de receio aos vícios devidos à sigilosidade ou opacidade da função (desvio de poder, comprometimento irresponsável dos recursos públicos etc.), reduzidos pela efetividade do controle proporcionada pela maior visibilidade.

Não é difícil concluir que a coletividade só tem a ganhar com a transparência sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse.

E essa prática da transparência deve iniciar antes do seu lançamento¹³⁸. Não há como participar da estruturação de concessões comuns e de parcerias público-privadas sem antes ter amplo acesso às informações públicas pertinentes e, claro, sem conhecer da existência do procedimento.

Os interessados devem ser convocados a participar e devem conhecer os propósitos da Administração Pública. Sem informações, os particulares – sejam aqueles interessados em empreender a concessão, sejam aqueles interessados em usufruir da prestação daquela utilidade pública – não poderão tomar decisões as mais ajustadas.

A observância da transparência deve ser mantida e permear todo o procedimento, pois não haverá como exercer controle – social ou pessoal – sem conhecer das informações que foram produzidas, consideradas e avaliadas durante o processo de tomada de decisões da Administração Pública.

Como já se disse à exaustão, uma cultura de observância da transparência por parte da Administração Pública é condição para a materialização de uma democracia participativa. A democracia se rege pela vontade do cidadão, que, para manifestá-la, não precisa mais suceder à qualidade de agente público, pois tem o direito de participar na qualidade de membro da coletividade. Em outras palavras, a participação popular, que é alicerce do controle social, está condicionada à efetiva prática da transparência governamental (CRUZ et al, 2005, p.1-2).

¹³⁸ Neste sentido: “No que diz respeito à estratégia de divulgação, é necessário que a autoridade pública, quando divulgar sua carteira de projetos (com maturidade de proposta preliminar), já sinalize em quais deles pretende que recorrer ao PMI. Tal informação é relevantíssima para que o mercado provedor de estudos de viabilidade, principalmente no que diz respeito aos players menores e à academia, possam se organizar para participar de tais procedimentos.” (PEREIRA, 2011, p.14)

É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 114), ao reputar existir “o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos.”, sendo inadmissível num Estado Democrático de Direito, “no qual o poder reside no povo [...], ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

Em apoio, também, as conclusões de Norberto Bobbio (1986, p. 10): “Pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder.”. E, mais adiante, refere-se aos dois significados da palavra *público* (oposto a *privado* e oposto a *secreto*): “Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público.”

Nada do que se defende, portanto, extrapola a obrigação de um Estado democrático. Ainda em reforço ao que ora se sustenta, a lição de Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 177):

A razão de ser do Estado é toda externa. Tudo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior. A finalidade de sua ação não reside jamais em algum benefício íntimo: está sempre voltado ao interesse público. E o que é interesse público? O que o ordenamento entende valioso para a *coletividade* (não para a pessoal estatal) e que, por isso, protege e prestigia. Assim, os beneficiários de sua atividade são sempre os particulares. Os recursos que manipula não são seus: vêm dos particulares individualmente considerados e passam a pertencer à coletividade deles. Os atos que produz estão sempre voltados aos particulares: mesmo os atos internos são mero estágio intermediário para que, a final, algo se produza em relação a eles. Em uma figura: falta ao Estado *vida interior*, faltam-lhe interesses pessoais íntimos.

As informações públicas têm uma peculiaridade que as distingue dos demais bens públicos. É sabido que os membros da coletividade não podem usufruir indiscriminadamente de quaisquer bens públicos, pois são escassos. Embora os bens públicos pertençam à coletividade, os

particulares individualmente não são deles proprietários, nem podem deles gozar ou dispor aos seus belos prazeres¹³⁹.

As informações públicas, contudo, são bens sobre cuja transferência não se aplica a escassez. Na verdade, não há que se falar em *transferência*, mas em *acesso*. O acesso à informação implica a *replicação de dados* mas não acarreta nenhuma perda de propriedade a quem lhe forneceu.

É fonte inesgotável, o acesso se dá mediante reprodução gratuita dos bens. Os bens são deslocados da esfera da Administração Pública, que continua proprietária.

Daí porque as informações são bens públicos em sentido mais direto, estrito, ou seja, pertencem e podem pertencer diretamente e de forma concomitante aos indivíduos que integram a sociedade e que, por isso, têm o direito ao acesso garantido pelo ordenamento. Não há prejuízos, só benefícios por meio da ampla divulgação.

E não obstante os particulares terem direito de acesso às informações públicas, devem, na qualidade de cidadão-soberano, poder efetivamente exercer esse direito. A Administração Pública deve lhes conceder os meios certos para alcançá-los.

E quando diante de atos administrativos de alta relevância social – como são os atos administrativos envolvidos em um Procedimento de Manifestação de Interesse – o dever administrativo vai para além disso: reclama-se da Administração Pública que adote condutas ativas de transparência. Antes de fornecer os meios para o acesso, deve conceder o acesso direto, deve expor ao público essas informações.

A simples publicidade dos atos administrativos na forma tradicionalmente empreendida não é suficiente para conferir a transparência demandada da Administração Pública.

A transparência que se demanda, pois, é conceito mais amplo que mera publicidade estrita. Uma informação publicada não necessariamente será acessível, conhecida, compreendida ou tempestiva. Uma política de

¹³⁹ Código Civil

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

transparência é mais do que atender às normas condicionantes para a validade do ato, é assumir uma gestão responsável por materializar os princípios de direito administrativo e favorecer o exercício da cidadania. (CRUZ et al, 2005, p. 1-2). A publicidade que se reclama do ordenamento é uma publicidade ampla, é uma publicidade transparente, como ensina Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 178)

Não obstante, estamos a falar em publicidade em sentido mais largo. Evidente que o Estado deve divulgar seus atos, como condição de existência e validade deles, mas não se resumem nisso seus deveres para com a publicidade. Em paralelo, tem o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar, mesmo quando não esteja em pauta a notificação de seus atos.

Importa, então, deixar estabelecido que a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos.

A transparência que se defende, em sua expressão radical, é a incorporação e a efetivação rigorosa do princípio da publicidade. A mera publicidade formal não é suficiente para impedir as imoralidades ou para fomentar a participação social. Como se sabe, o cidadão comum não lê Diário Oficial. O cidadão comum toma ciência das ações da Administração Pública pelas vias ordinárias da informação. Reclama-se do princípio da publicidade o dever de máxima transparência (FREITAS, 2009, p. 15).

A transparência confere legitimidade material aos atos administrativos decisórios porque expõe à sociedade os detalhes da tomada de decisão. O particular não se sujeita ao mero dispositivo da decisão, mas conhece as suas razões. A transparência e a motivação são princípios interligados cuja efetivação se coaduna com os propósitos de um Estado Democrático de Direito. Leia-se nesse sentido, o comentário de Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 8):

A transparência também merece atenção no âmbito da escolha de um estudo dentre todos que foram apresentados, o que significa analisar a existência e a clareza de critérios na seleção dos melhores estudos de viabilidade, que, portanto, impactarão a deliberação pública sobre o futuro edital de PPP e

delimitarão, dentre os interessados no contrato, quais e como poderão participar da licitação.

Como indicado no item anterior, com o apoio da fórmula transcendental de direito público elaborada por Immanuel Kant (2006, p. 114), a transparência é a melhor tentativa para se impedir a corrupção, que representa uma das grandes barreiras do desenvolvimento brasileiro. A imoralidade gera contratos ineficientes, pois os interesses arrolados não são os interesses da coletividade.

Igualmente, a observância da transparência é mandatória para que o Procedimento de Manifestação de Interesse não se desvele em instrumento de burla aos propósitos da licitação pública¹⁴⁰.

A transparência pode representar a assunção de riscos que resta ausente no tradicional exercício das funções pelos agentes públicos, como antes mencionado. Atualmente, existe um aparente esforço da Administração Pública, especialmente em âmbito federal, para empregar transparência em suas atividades. Leia-se o exposto no sítio eletrônico do Portal da Transparência do Governo Federal, da Controladoria-Geral da União (2013):

O Governo brasileiro acredita que a transparência é o melhor antídoto contra corrupção, dado que ela é mais um mecanismo indutor de que os gestores públicos ajam com responsabilidade e permite que a sociedade, com informações, colabore com o controle das ações de seus governantes, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam.

¹⁴⁰ Leia-se a observação de Caio de Souza Loureiro (2012): “Portanto, o PMI não é um mecanismo de burla à isonomia na licitação. Pelo contrário, atua em prol da maior transparência na fase interna da licitação, ao tornar públicas as condições em que foram elaboradas as premissas da concessão. Além disso, por meio do PMI a Administração passa a contar com valioso auxílio na tarefa de definição dos elementos da concessão, normalmente complexa e custosa, o que contribui para o atraso ou para a não contratação de um número grande de concessões que seriam muito úteis ao aprimoramento do serviço e da atividade pública.

O que é preciso, repise-se, é prover os meios necessários à boa aplicação do instituto, permitindo-lhe não somente escolher aquele mais adequado, como também conferindo-lhe a possibilidade de identificar eventuais distorções nos estudos que conduziriam a um benefício demasiado de um ou outro particular.”

As ações e ferramentas em benefício da transparência pública no Brasil devem ser consideradas como um meio de permitir que a sociedade civil interfira diretamente na melhoria dos processos governamentais, na qualidade da gestão pública uma ferramenta para a erradicação da corrupção (BROD, 2012). Demanda-se então uma reestruturação das estratégias de governança¹⁴¹, mais aproximada dos valores e dos princípios constitucionais, pautada por práticas transparentes (FREITAS, 2009, p. 15).

Por isso é que se defende a divulgação integral do Procedimento de Manifestação de Interesse por todos os meios ordinários. Dentre esses, destaque à rede mundial de computadores. A *internet* é ora concebida como a ferramenta mais adequada para estimular a cultura da transparência¹⁴² na Administração Pública.

É que na contemporaneidade as informações circulam com eficiência inédita e guardam características de instantaneidade e de acentuada acessibilidade. A propagação das informações em rede foi acompanhada do avanço dos padrões criptográficos, que tornaram a informação armazenada em modo virtual até mais segura do que em modo físico. Em suma, os meios físicos de comunicação, marcados pelo registro das informações em papel, pela necessidade de deslocamento e pela oralidade, foram e estão sendo substituídos pelos meios eletrônicos.

Para o que interessa, este fenômeno irradia efeitos sobre a forma com que a Administração Pública se comunica com os particulares. Aos poucos, a cultura digital está sendo absorvida pela Administração Pública, que passou a ser exigida e a se harmonizar com práticas já arraigadas nesta moderníssima vida em sociedade¹⁴³.

¹⁴¹ Como ensina Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2008, p. 26), o significado de governança para o setor público “liga-se primordialmente ao campo da *efetividade da ação governamental*”.

¹⁴² A transformação foi recente, mas notória, e até já parece clichê afirmá-la: o desenvolvimento dos meios eletrônicos de comunicação, especialmente da rede mundial de computadores, revolucionou a maneira com que a sociedade organiza e dispõe da informação. No Brasil, a nova cultura informacional encontra-se já bem enraizada – em agosto de 2012, o número de usuários na rede mundial de computadores superou a marca de oitenta e três milhões de brasileiros. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/08/aceso-internet-no-brasil-chega-834-milhoes-de-pessoas-diz-pesquisa.html> Acesso em: 6 mar. 2013

¹⁴³ Tome-se como exemplo deste fenômeno a utilização assídua do pregão eletrônico como modalidade de licitação pública, a comunicação dos órgãos e

Em particular, como resultado dessa influência, a Administração Pública passou a conceder acesso a informações públicas na rede mundial de computadores. E isso tem um quê de momento histórico.

Daí dizer que, a partir de agora, de uma vez por todas, se o cidadão quiser, ele terá como ser participativo e vigilante, pois, no mínimo, poderá acessar às informações manejadas por sua Administração Pública.

Exige-se, por ora, uma concepção radical de transparência, que não significa nada mais do que cumprir a lei por iniciativa própria, de ofício, de forma intensa, sem economizar a publicidade dos seus atos e documentos: é o que se denomina transparência ativa. Ser radical com a exigência de transparência significa ser inflexível com o desatendimento do básico; e o básico é cumprir a lei¹⁴⁴. Afinal, o governo democrático funda-se em um poder transparente, num “poder sem máscara” (BOBBIO, 1986, p. 29).

A prática da transparência ativa se coaduna também com os padrões modernos de *accountability*, que reconhecem aos particulares a possibilidade de se avaliar o desempenho do administrador público, que, assim submete-se à prestação de contas social (AMARAL FILHO et al; 2010).

Vinícius Marques de Carvalho (2002, p. 24) aponta a transparência como o característico indispensável para a aplicação dos instrumentos de *accountability* à Administração Pública, “evidenciada, por exemplo, na fundamentação pública de suas decisões”. Ou seja, a transparência é pressuposto para o efetivo controle social sobre a Administração Pública. O exercício do controle social, compreendido como o “poder desfrutado pela sociedade para interferir nas decisões estatais”, ora aplicado à

entidades da Administração Pública por meio das redes sociais e de seus sítios eletrônicos, as publicações oficiais em diários eletrônicos e a aplicabilidade cada vez maior da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil.

¹⁴⁴ Para exemplificar medida que busca transparência e democratização sobre os processos de delegação de utilidades públicas, embora a questão já esteja em âmbito judicial e não em âmbito administrativo, veja-se a recente publicação do conteúdo integral de sete ações judiciais relacionadas com o projeto da hidrelétrica de Belo Monte. A iniciativa tomada pelo Ministério Público Federal do Pará (MPF/PA) encontra-se em harmonia com a Lei Federal nº 12.527/2011, com a Lei Federal nº 11.079/2004, com o Código de Processo Civil, com a Constituição Federal. Notícia disponível em: <http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2013/processos-judiciais-do-caso-belo-monte-sao-publicados-na-integra-pelo-mpf> Acesso em 19 mar. 2013

formação dos contratos de delegação de utilidades públicas, representa um dos elementos essenciais para que os responsáveis por definir a regulamentação dos contratos administrativos não se sujeitem somente às investidas dos candidatos à concessionário (CARVALHO, 2002, p. 24)¹⁴⁵.

Diogo R. Coutinho (2002, p. 82) também sustenta que o controle social do serviço público, mediante atuação interventiva por ocasião de sua regulação, é uma forma de controle preventivo do risco de captura. Ou seja, se quem regulamenta a prestação dos serviços públicos deve defender meios para que a sua prestação se dê com a qualidade desejada, então “deve contar com o auxílio do destinatário do serviço, independentemente de seu grau de engajamento associativo.”. Em complemento, o autor indica como forma de incentivo ao controle social “a participação do consumidor por meio de um representante tecnicamente instruído”.

Segundo Andreia Cristina Bagatin (2010, p. 172-173), em dissertação aplicada ao tema, a captura é um risco a ser prevenido, o que requer, essencialmente, “o estabelecimento de algumas regras jurídicas (devidamente acompanhadas de *enforcement* que garantam a sua aplicabilidade)”. Ao lado da maior facilidade de organização dos agentes regulados em comparação com os usuários, que causa uma desproporção na representação dos interesses particulares, a autora aponta outras situações que tornariam o ambiente público propício ao risco de captura. Em primeiro lugar, “*o aparecimento de um espaço de frouxidão (slack), em que o exercício de competências discricionárias não se submete ao conhecimento do público*”, o que é fortalecido pela ausência de transparência. Em segundo lugar, *a possibilidade de que a autoridade do ente regulador seja ignorada, na prática, pela “deliberada desconsideração das regras por si editadas”, ou seja, há uma “desautorização” das decisões públicas. Por último, a assimetria informacional em detrimento daquele que prescreve as regras regulatórias*, existente quando o nível de informação é quantitativa e

¹⁴⁵ O autor destaca, ainda, em relação à regulação dos setores econômicos, que a mera previsão de audiências e consultas públicas não é suficiente, uma vez que se qualificam como mecanismos meramente “informativos e consultivos das políticas do órgão e de coleta de subsídios e informações relevantes oferecidas pelos particulares interessados”. Para o autor, o controle social dependeria de uma efetiva “outorga de poderes de decisão, que garantiriam a efetiva participação popular no controle das atividades públicas.” (CARVALHO, 2002, p. 24)

qualitativamente menor em relação aos agentes econômicos do setor. A superação deste quadro demanda, ainda conforme a autora, a ampliação da participação popular na formação dos atos decisórios regulatórios, o reforço da autoridade dessas decisões e a ampliação da transparência (BAGATIN, 2010, p. 172-173).

O destaque que se dá à necessidade de transparência sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, afora toda a concepção teórica dos benefícios que se acredita resultar dessa prática, justifica-se também porque os Procedimentos de Manifestação de Interesse atualmente lançados pela Administração Pública deixam muito a desejar em termos de transparência. Há casos em que sequer o procedimento é devidamente publicado na Imprensa Oficial. Esses relatos são gravíssimos à idoneidade necessária para o bom sucesso do Procedimento de Manifestação de Interesse.

A percepção de que a transparência conferida aos Procedimentos de Manifestação de Interesse precisa ser apurada é compartilhada por Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p.3, 8-9), que relatam terem encontrado dificuldades para obter acesso às informações pertinentes à pesquisa empírica que empreenderam a respeito do instituto e, não somente isso, relatam a grande disparidade entre as práticas de transparência:

O acesso às informações sobre os PMIs é difícil e, em alguns casos, os Estados precisam aprimorar a transparência sobre os projetos de PPP que são estruturados com a colaboração da iniciativa privada;

O ideal seria que todos os estudos apresentados ao poder público fossem disponibilizados, em seu inteiro teor, nas páginas eletrônicas das Unidades de PPP ou das Secretarias responsáveis pelos projetos. [...]

Mais do que a dificuldade, aliás, merece destaque a disparidade entre os Estados quanto aos critérios de organização, disponibilização e transparência sobre os documentos, informações e decisões relativas aos PMIs. Nesse sentido, enquanto algumas unidades federativas possuem uma página eletrônica dedicada exclusivamente às PPPs e PMIs (por exemplo, Estados de São Paulo, Minas Gerais e Ceará), que são as páginas das Unidades de PPPs ou de Secretarias de Estado responsáveis pelo tema, outras não permitem a consulta aos editais sequer pelo Diário Oficial do Estado (dada

a inexistência de mecanismos de pesquisa eficientes ou pela publicação incompleta dos referidos editais, também chamados de “avisos de chamamento público”).

Mais adiante, os autores descrevem novamente a grande dificuldade para se acessar as informações dos procedimentos:

Isso porque a obtenção dos documentos essenciais ao acompanhamento dos PMIs, tais como os editais de chamamento, termos de referência ou até mesmo as informações referentes à escolha do estudo vencedor, mostrou-se mais desafiadora do que seria desejável. [...]

Situação mais grave foi identificada não no que tange à organização, mas sim a transparência na condução dos PMIs. Houve casos em que soubemos da existência do procedimento por meio de notícias jornalísticas, mas não tivemos acesso aos documentos oficiais. (PEREIRA et al, 2012, p. 23, 25)

E, mais uma vez, os autores demonstram preocupação com o tema, referindo-se, inclusive, à necessidade de transparência ativa para o Procedimento de Manifestação de Interesse:

Em tempos de PAC, Copa do Mundo e Olimpíadas não basta a execução de grandes obras, é preciso se preocupar com a forma como os contratos serão celebrados e executados, ou seja, garantir que os processos ocorram conforme os ditames legais materiais e formais, o que só pode ser controlado se houver transparência ativa e organização na disponibilização dos documentos públicos referentes a cada projeto, inclusive durante a realização do PMI. (PEREIRA et al, 2012, p. 24)

O valor que representa a transparência para o interesse público é tamanho que Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 53, nota 35) chega a defender a publicidade irrestrita de todas as informações indiretamente relacionadas com a Administração Pública e com os agentes públicos:

Não se deve tratar da publicidade apenas como sinônimo do princípio da transparência ou da visibilidade. Este é mais amplo que a mera divulgação de atos não sigilosos, envolvendo

estágios ainda não plenamente alcançados no Brasil, como a quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico de agentes públicos em posição relevante, divulgação de declaração de bens e rendimentos desses agentes e de seus familiares diretos, transmissão de imagens de repartições onde trabalham, controle de suas agendas, reuniões, compromissos e presentes recebidos. Esse é um estágio a alcançar que, contudo, dependeria de previsão constitucional.

O comentário do autor demonstra o quão emaranhada está a transparência com o interesse público.

No entanto, em que pese o bom propósito, a observância da transparência não faculta e nem exige tanto. Aliás, quaisquer tentativas de dar publicidade a informações concernentes à intimidade e à vida privada de pessoas que não tenham sido divulgadas por iniciativa própria, ou sem que haja razões fundadas para assim proceder, devem ser repudiadas.

A obrigatoriedade de transparência é da *res publica*, não do que é privado. É o que se passa a expor: os fundamentos jurídicos que sustentam a defesa da transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, como instituto sob a regência do direito público.

4.3.3 Os fundamentos jurídicos que exigem da Administração Pública uma transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse

4.3.3.1 A Constituição Federal e o regime de livre acesso à informação

Vigora no Estado brasileiro o preceito geral de observância da publicidade; o sigilo é a exceção. Trata-se de um princípio fundamental do Estado constitucional (BOBBIO, 184, p. 86).

O acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros é um direito fundamental assegurado a todos pelos incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal¹⁴⁶. É também, por outro ângulo, um

¹⁴⁶ Art. 5º [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte,

dever da Administração Pública, que tem a obrigação de dar efetividade ao princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Também por força constitucional, o acesso à informação é considerado um pressuposto para a participação dos particulares na Administração Pública: não há possibilidade de controle social sem o prévio conhecimento dos registros administrativos e das informações sobre atos do governo (inciso II do parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal)¹⁴⁷.

Logo se vê, como ensina Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 196), que “[d]a análise sistemática da Constituição, todas as informações inerentes às relações e aos negócios administrativos são públicas e qualquer do povo a elas tem acesso como expressão do direito à informação pública.”.

Esta interpretação tem também suporte conceitual nas bases do Estado Democrático de Direito, legitimado sob a premissa de que o governo é do povo, pelo povo e para o povo¹⁴⁸. É igualmente o que representa a etimologia da palavra “público”, derivada do latim, de palavras como *publicare* (tornar público), *publicus* (relativo ao povo) e *populus* (relativo ao povo). É o que antes foi referenciado como as duas conotações para *público*, que se entrelaçam, como oposto ao *sigilo* e como oposto ao *privativo*. O que pertence à Administração Pública, em última análise, pertence a todo o seu povo.

quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

¹⁴⁸ Como bem resumiu Abraham Lincoln em seu discurso de Gettysburg em 19 de novembro de 1863. Disponível em:

<http://www.gutenberg.org/dirs/etext90/getty11h.htm> Acesso em 19 mar. 2013.

No ordenamento jurídico brasileiro, apenas duas hipóteses podem mitigar a obrigação de prestar informações por parte da Administração Pública, nos termos dos incisos X e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal¹⁴⁹, respectivamente: a) quando diante de informações cuja divulgação implique violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas¹⁵⁰; e b) quando diante de informações cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 179):

O sigilo, a autorizar a denegação da informação ou da certidão, só se justifica em duas situações, de caráter excepcional: quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (ex.: sigilo com relação aos planos militares, em tempo de guerra) ou quando a publicidade violar a intimidade de algum particular (ex.: sigilo, em relação a terceiros, dos dados clínicos de paciente internado em hospital público). Afora esses casos, quem solicita informação ao Estado tem o direito de obtê-la, o que é mera decorrência da cidadania.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 115) é ainda mais inflexível, reconhecendo a restrição de acesso na esfera administrativa apenas a uma hipótese: “Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, precitado, quando ‘imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado’”.

¹⁴⁹Constituição Federal

Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁵⁰ O sigilo dessas informações em procedimentos administrativos é resguardado também pelo artigo 46 da Lei Federal nº 9.784/1999:

“Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

De mais a mais, registre-se que o inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal¹⁵¹, que confere ao legislador a competência para restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, no que diz com o interesse social, não concede liberdade para que a lei sobreleve o disposto no inciso XXXIII, que assegura a publicidade de todas as informações de interesse pessoal, coletivo ou geral que não imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

E, frise-se, quando se fala em interesse pessoal, geral ou coletivo, deve-se conceber uma noção subjetiva ampla de *interessado*, consoante o ensinamento de Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 211): “Qualquer um do povo tem legítimo interesse de acesso a qualquer ato da Administração Pública, seja interessado (em sentido estrito) ou não, por força dos arts. 5º, XXXIII, e 37 da Constituição.”.

O inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal é preceito que dá margem ao legislador para evitar que sejam exigidas informações cuja simples divulgação importe em ineficácia do processo administrativo.

Assim, refere-se a situações pontualíssimas cuja publicidade deve ser restrita em virtude de obviedades, como a não publicidade das propostas entregues pelos participantes de licitação pública antes da abertura do próprio certame, exemplo levantado por Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 199). O dispositivo *não deve ser empregado para prover maior eficiência aos processos administrativos, mas para evitar a sua ineficácia*. Ou seja, somente nos casos “indispensáveis ao resultado que alcance o dever de boa administração.” (MARTINS JÚNIOR, p. 170). Interpretação contrária derogaria qualquer direito à informação, já que sempre haveria, com base no argumento da maior eficiência, justificativa para embasar o interesse social.

De qualquer modo, como se depreende de sua leitura, o inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal é norma de eficácia contida, pois estabelece reserva legal para a especificação das hipóteses excepcionais do sigilo processual (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 169). E, como se verá, não há qualquer hipótese legal que implique *a priori* sigilo ao Procedimento de Manifestação de Interesse.

¹⁵¹ Constituição Federal

Art. 5º [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

4.3.3.2 A Lei de Acesso à Informação, o dever de transparência ativa e a inexistência de hipótese legal de restrição de acesso que envolva os documentos manejados em Procedimento de Manifestação de Interesse¹⁵²

É notório que, para quem tem o propósito de estruturar uma concessão comum ou uma parceria público-privada, o primeiro passo é conhecer bem a problemática. Como o meio de transporte do conhecimento é a informação, quem quer planejar tem de se informar; quem quer planejar soluções para Administração Pública deve se informar a respeito dela, deve obter acesso a seus dados. E, para se obter acesso a esses dados, há dois caminhos: (i) ou os dados já se encontram acessíveis, notoriamente publicizados e coletivizados, pelo que o acesso é livre; (ii) ou, caso contrário, alguém deve concedê-lo. Enquanto as informações públicas não são *públicas* no sentido mais *público* da palavra, esse alguém, que deve conceder o acesso, é a própria Administração Pública. Mais do que *conceder* o acesso, em Procedimento de Manifestação de Interesse, a Administração Pública deve *promover* esse acesso espontaneamente.

O marco jurídico dessa nova era de transparência é recente e teve início em 16 de maio de 2012, quando entrou em vigência a lei que regulamenta e assegura o direito de acesso às informações públicas. Trata-se da Lei Federal nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, que versa sobre os procedimentos que se destinam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação.

O objeto regulamentado pela lei diz respeito às informações recebidas, geradas e disponibilizadas pela Administração Pública, de forma direta ou indireta. A lei tem o objetivo de fomentar a cultura de transparência e de propiciar o desenvolvimento de controle social das atividades públicas. Em miúdos: o *dever ser* não está mais distante, o *dever ser* é hoje escorado em lei e na Constituição Federal. O Estado brasileiro na segunda década do século XXI deve ser transparente.

¹⁵² A interpretação do regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública, ora apresentada, com dedicação ao conteúdo da Lei de Acesso à Informação, foi elaborada a partir do conteúdo publicado no artigo “Anotações sobre o regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública na rede mundial de computadores.” (SCHIEFLER, 2013).

Como antes exposto, o se artigo 8º é categórico no sentido de determinar à Administração Pública que promova a divulgação, independentemente de requerimentos, de todas as informações de interesse coletivo ou geral por ela produzida ou custodiada. É a denominada *transparência ativa*. O intuito é que o acesso seja estimulado, disponibilizado de forma proativa, espontânea e que, para isso, sejam utilizados os meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação.

O aludido diploma normativo adotou o conhecido preceito geral de observância da publicidade como regra e, por conseguinte, do sigilo como exceção. Como visto, a Constituição Federal resguarda do livre acesso apenas dois gêneros de informações: (i) cuja divulgação resulte violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas; e (ii) cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Atente-se que, em relação ao primeiro gênero, a legislação brasileira não exige prévia classificação de sigilo. Em outras palavras, não obstante as informações pessoais também possam ser consideradas sigilosas, isso não quer dizer que a salvaguarda destas também esteja condicionada à prévia classificação como tal. O artigo 31 da Lei Federal nº 12.527/2011 assenta que as informações pessoais, quando relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, terão o seu acesso restrito independentemente de qualquer classificação prévia de sigilo¹⁵³.

As informações pessoais cuja divulgação implique afronta à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, ou seja, às liberdades e garantias individuais, estão originariamente, independentemente de classificação prévia, sob o regime restritivo de acesso. Estas informações somente adquirem o caráter público – e assim se submetem ao regime jurídico desta categoria de informação – no prazo

¹⁵³ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I- terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem;

de 100 anos, salvo se houver deliberação específica por prazo mais curto¹⁵⁴.

Em relação ao segundo gênero de informações aptas a receber o regime restritivo de acesso – informações cujo resguardo do sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado –, os artigos 23 e 24 da Lei Federal nº 12.527/2011 estabelecem quais informações de posse dos órgãos e entidades públicas podem ser classificadas como sigilosas¹⁵⁵.

O artigo 23 da referida lei traz o rol de informações passíveis de classificação. Por tratar-se de uma norma restritiva de direitos fundamentais e, por conseguinte, de uma norma cuja interpretação deve se dar de forma restritiva e conforme a Constituição Federal, o mais adequado é compreendê-lo como um rol taxativo¹⁵⁶.

¹⁵⁴ A discussão a respeito de o que é informação pessoal cuja divulgação signifique uma afronta aos direitos individuais foge do âmbito deste breve estudo. Trata-se de questão absolutamente polêmica. Cita-se, como exemplo, as recentes batalhas judiciais travadas sobre a divulgação irrestrita de dados sobre a remuneração de servidores públicos, como é o caso da Suspensão de Segurança nº 3902/SP, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁵ Note-se que para que essas informações sejam consideradas sigilosas deve haver a prévia classificação como tal. Somente a partir do ato de classificação é que as informações deixarão de ser exigíveis pelos particulares e passarão a demandar daqueles que lhes obtiverem acesso a observância das peculiaridades pertinentes ao manejo sigiloso dessas informações.

¹⁵⁶ É do comentário de Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 216) a respeito do hoje revogado artigo 2º da Lei Federal 11.111/2005, mas que guarda pertinência também ao dispositivo ora em comento: “É relevante observar que, em matéria de sigilo, sua aplicação e interpretação no Estado Democrático de Direito é sempre restrita, na medida em que ele se assenta sobre a mais ampla transparência governamental.”

E sobre a interpretação conforme a Constituição Federal: “Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 113)

Assim, analisando-se o rol taxativo das hipóteses elencadas pelo artigo 23 da Lei Federal 12.527/2011¹⁵⁷, não se sabe de nenhuma hipótese aplicável de forma apriorística ao Procedimento de Manifestação de Interesse. Se não, veja-se.

Os incisos I e II dizem respeito à relação do Estado brasileiro com os demais Estados e visam a resguardar as informações que possam fragilizar a defesa, a soberania, a confiança e as negociações brasileiras em suas relações internacionais. O inciso III tem o objetivo de guardar em segredo as informações que possam colocar em risco a segurança, a saúde e a vida da população. O inciso IV, por sua vez, tem o intuito de preservar a estabilidade financeira, econômica e monetária do Estado brasileiro. O inciso VII pretende resguardar a segurança das instituições e das altas autoridades, sejam nacionais ou estrangeiras. Os incisos V, VI e VIII versam sobre o sigilo de informações em áreas de interesse estratégico nacional, como as atividades de inteligência, os planos das Forças Armadas, os projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico.

Uma hipótese que eventualmente poderia se levantar para buscar sigilo ao Procedimento de Manifestação de Interesse seria o inciso VI do artigo 23, que estabelece como passível de classificação sigilosa as

¹⁵⁷ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

informações que possam prejudicar ou causar risco a sistemas, bens e instalações ou áreas de interesse estratégico nacional. Contudo, em razão de todas as benesses anunciadas, que se originam justamente pela ampla publicidade dessas informações, não se apresenta como adequado subsumir genericamente o Procedimento de Manifestação de Interesse a essa hipótese de sigilo. O possível risco, bem maior, é justamente do sigilo, e não da transparência.

De todo modo, o inciso V do artigo 23 eventualmente poderá servir como justificativa para se impor sigilo sobre as informações envolvidas em Procedimento de Manifestação de Interesse que vise a construir projeto de parceria público-privada relacionada com planos das Forças Armadas. Algumas informações estratégicas desses projetos podem demandar sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Se for o caso, devem ser previamente classificadas como tal pela autoridade competente, seguindo as regras de competência do artigo 27 da Lei Federal nº 12.527/2011. Perceba-se que não se trata de uma classificação de sigilo indiscriminada, pois essa classificação deve ser motivada e indicar o assunto sobre o qual versa a informação. Além disso, o rol indicativo de documentos classificados em cada grau de sigilo deve ser disponibilizado no sítio eletrônico do respectivo órgão ou entidade da Administração Pública.

Merece enfrentamento também o Decreto Federal nº 7.724/2012, publicado em 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei Federal nº 12.527/2011 e impõe à Administração Pública federal o dever de observância da “transparência ativa”. Nesse, algumas mitigações foram impostas. Para o que interessa, merece destaque o parágrafo 2º do artigo 5º do Decreto Federal nº 7.724/2012, segundo o qual não se sujeitam ao disposto no decreto as *informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos*.

Uma leitura mais apressada poderia ensejar o entendimento de que os particulares não têm o direito de acessar e de dispor livremente das informações apresentadas pelos interessados participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois se caracterizariam como informações cuja divulgação poderia representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos. Entretanto, não é o caso.

Por um lado, essa insubordinação regulamentar significa que, em referência àquela espécie de informação, é mitigado, é suavizado, é

amainado o dever de transparência *ativa* a que está sujeita a Administração Pública. Em outras palavras, o dispositivo busca a evitar que os particulares tenham direito de exigir da Administração Pública a prestação dessas informações com a mesma proatividade que emprega a todas as outras espécies de informação.

Contudo, isso *não significa que essas informações sejam sigilosas* ou que não possam ser prestadas espontaneamente, mas tão somente que o acesso e a divulgação dessas informações não necessariamente se darão na forma do decreto – que visa à transparência ativa.

Perceba-se que a norma não proíbe a divulgação e silencia a respeito de informações desta natureza que sejam divulgadas voluntariamente ou espontaneamente pela Administração Pública. Esse dispositivo não imprime sigilo a essas informações – somente a lei poderia fazer isso¹⁵⁸.

Nesse caso, caso as informações sejam fornecidas espontaneamente, como não estão enquadradas em qualquer espécie de sigilo, a Administração Pública não infringirá nenhum dispositivo legal. Ou seja, *a exceção trazida pelo mencionado decreto não proíbe a divulgação de informações*, apenas retira o direito dos particulares de exigí-la na forma do decreto, sobretudo a prática de transparência ativa.

Alerte-se que os decretos regulamentares, como este, por sua natureza, não podem gerar restrições a direitos individuais. Logo, não podem inovar a lei e impedir o direito de acesso à informação. É por isso que o dispositivo supracitado deve ser interpretado de modo a excluir tão somente a sujeição daquela espécie de informações ao decreto, mas não em relação à lei. Isso significa que os procedimentos para solicitação e coleta daquelas informações serão outros, provavelmente mais criteriosos, mas não inexistentes. Em síntese: o referido dispositivo não confere sigilo a essas informações.

Contra essa transparência irrestrita, não seria impossível argumentar também que o artigo 46 da Lei Federal nº 9.784/1999¹⁵⁹,

¹⁵⁸ É o comentário de Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 200): “Tratando-se de restrição de direitos fundamentais a limitação, o condicionamento ou a exclusão do direito à informação pública, é do domínio da lei (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, da Constituição Federal) a definição mais concreta das situações albergadas pela reserva constitucional.”

¹⁵⁹ Lei Federal nº 9.784/1999

Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou

embora tenha assegurado aos interessados o direito à vista dos processos administrativos e à obtenção de cópias reprográficas dos dados ou documentos, ressaltou desse direito as informações de terceiros protegidas por sigilo.

Como já foi adiantado, a hipótese constitucional de sigilo que resguarda a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem não encontra aplicabilidade no Procedimento de Manifestação de Interesse em razão de que a participação no procedimento e o consequente oferecimento de informações é um ato de voluntariedade do particular, que não está obrigado a participar ou a fornecer informações que pretende manter em sigilo. Em outras palavras, a transparência que se requer de um procedimento aberto, plural e propositado a fornecer soluções para alguns dos problemas mais importantes da sociedade, reclama dos particulares interessados o ônus da ampla publicidade das informações por eles apresentadas.

Embora não se ignore que o dispositivo constitucional e esse dispositivo legal resguardem a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e que esse direito se aplica a todos os particulares participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse, inclusive às pessoas jurídicas, já que são manifestações de direito de sua personalidade¹⁶⁰, o melhor entendimento é o de que os participantes devem arcar com o ônus da publicidade de suas informações caso queiram participar. É da natureza do Procedimento de Manifestação de Interesse exigir como condição de participação a anuência do interessado para a publicidade de seus documentos.

Em relação às pessoas jurídicas, poderia se alegar que a publicidade de todas as informações eventualmente solicitadas pela Administração Pública como condição para a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse feriria o direito ao resguardo de sua vida privada e da intimidade, traduzidos na forma de sigilo comercial. Por exemplo, os currículos de seus profissionais, os documentos relacionados com trabalhos anteriores, as eventuais informações a respeito do patrocinador dos estudos e a forma de seu financiamento.

cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressaltados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

¹⁶⁰ É o que assegura do artigo 52 do Código Civil: Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

De fato, as pessoas jurídicas têm assegurado o sigilo comercial em decorrência do seu direito à vida privada e à intimidade. Mas isso não pode respaldar o sigilo de informações de caráter privado apresentadas à Administração Pública em Procedimento de Manifestação de Interesse. O particular que pretende se relacionar com a Administração Pública deve assumir o ônus da transparência que é dela requerida e que se expande sobre as esferas jurídicas de todos que com ela se envolvem, sobretudo em se tratando de questões comerciais. São tão públicos como os documentos apresentados pelos particulares em licitação pública.

A transparência sobre essas informações que, no âmbito privado, têm o sigilo resguardado pela Constituição, é condição para quem quer firmar parceria com a Administração Pública, é um encargo que não escapa aos participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse ou a qualquer procedimento administrativo análogo.

As informações comerciais dos participantes voluntariamente apresentadas por eles em Procedimento de Manifestação de Interesse não se enquadram nas hipóteses legais de sigilo. Caso o participante não queira expor informação que alhures lhe é assegurado o direito de sigilo comercial, basta que não participe do procedimento administrativo. A eficiência que disso decorreria caso a Administração Pública imprimissem a prática do sigilo não é superior ao benefício da transparência irrestrita. Com efeito, o interesse social é pela transparência e não pelo sigilo.

Cabe à Administração Pública gerenciar o Procedimento de Manifestação de Interesse de modo a evitar a solicitação de informações pessoais impróprias para a seleção dos melhores estudos e projetos. Os fundamentos legais apontados abrigam com folga o dever de observância da transparência sobre todas as informações relacionadas com o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Assuma-se, como exemplo para o Procedimento de Manifestação de Interesse, os parâmetros avançados da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), conformados ao *novo direito administrativo*, que representam sólido avanço em prol do dever de observância da transparência pela Administração Pública.

O artigo 48 dessa lei determinou que os planos, os orçamentos, as leis de diretrizes orçamentárias, as prestações de contas e os respectivos pareceres prévios, os relatórios de execução orçamentária e de gestão fiscal serão jungidos de transparência, razão pela qual deve ser alvo de ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público. Outra vertente, noticiada no parágrafo único do mesmo artigo, é a determinação de que se dê incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão

dos planos, das leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos. A lei assegura aos particulares a liberação ao pleno conhecimento, em tempo real, por meios eletrônicos de acesso público, às informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira. E mais, qualquer pessoa, física ou jurídica, tem o reconhecido direito de acesso a informações sobre os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução das despesas, incluindo detalhes sobre os bens ou serviços prestados, sobre o beneficiado com o pagamento e, quando houver, sobre a respectiva licitação pública. O mesmo é válido para as receitas: os particulares tem garantido acesso a informações pertinentes ao lançamento e ao recebimento de receitas pelas unidades gestoras.

A Lei Federal nº 8.159/1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, também pode ser apontada como fundamento legal que dá esteio à devida transparência sobre todos os documentos envolvidos em Procedimento de Manifestação de Interesse. O seu artigo 2º define os *arquivos públicos* como os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades particulares, em decorrência do exercício de atividades específicas, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos. Esses arquivos públicos sujeitam-se à regra geral de observância da publicidade da Lei Federal nº 12.527/2011.

Em acréscimo, o artigo 1º da Lei Federal nº 9.507/1997¹⁶¹, que também regula o direito de acesso a informações, *definiu como de caráter público todo banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros*, ou ainda, que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

4.3.3.3 A rígida observância da transparência como faceta do direito fundamental à boa administração e como obrigação inerente às concessões comuns e às parcerias público-privadas

Como o objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse versa sobre as utilidades públicas, o dever de observância da transparência, do qual se faz conhecer a motivação e a legitimidade

¹⁶¹ Art. 1º [...] Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

material dos atos administrativos, é ainda mais acentuado. Leia-se o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 686):

Em nosso entender, os princípios do serviço público – que se constituem no aspecto formal do conceito e compõem, portanto, seu regime jurídico – são os seguintes: [...]

7) princípio da transparência, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o

8) princípio da motivação, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço;

Em conjunto, o dever de observância da transparência nos procedimentos e nas decisões tomadas nas contratações de parcerias público-privadas foi alçado, por força de lei, à qualidade de diretriz a ser praticada pela Administração Pública. Trata-se do inciso V do artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004¹⁶², que conferiu ao imperativo da transparência força normativa ainda maior. O artigo 22 da Lei Federal nº 8.987/1995 é categórico: “É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.”. O direito de acesso é amplíssimo em matéria de delegação das utilidades públicas.

Isso significa que, quer queira ou não, quando envolver concessão comum ou parceria público-privada, a Administração Pública está obrigada a observar a transparência em seus procedimentos e nas tomadas de decisões – e em ambos o Procedimento de Manifestação de Interesse está envolto.

Assim, as informações concernentes ao Procedimento de Manifestação de Interesse amoldam-se à regra geral da ampla publicidade. Essa regra geral foi enunciada no sítio eletrônico da Controladoria Geral da União¹⁶³:

¹⁶² Lei Federal nº 11.079/2004

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

¹⁶³ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/direito-universal/index.asp> Acesso em: 15 fev. 2013.

A informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela ser restringido apenas em casos específicos. Isto significa que a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público.

E mais, há que se considerar que o Procedimento de Manifestação de Interesse regulamenta um processo de tomada de decisões administrativas que afetam direitos. Em decorrência disso, a transparência é reconhecida como uma das facetas do direito fundamental à boa administração. Esse direito foi assim sintetizado por Juarez Freitas (2009, p. 22) pelo seguinte:

(a) *o direito à administração pública transparente*, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial ênfase para o direito a informações inteligíveis sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos;

Trata-se procedimento aberto em que todas as informações apresentadas pelos particulares são apreciadas no momento de definição da modelagem final. Logo, toda a coletividade possui o legítimo interesse de aferir quais foram as informações consideradas pela Administração Pública para a tomada de decisões. É imperativo que decorre da Constituição Federal, da legislação que assegura o acesso à informação e da legislação referente às parcerias público-privadas, como se anotou.

Para reforçar, o artigo 21 da Lei Federal nº 12.527/2011 estabelece que *não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais*. O Procedimento de Manifestação de Interesse é procedimento administrativo em que se busca a tutela administrativa de direitos fundamentais, afinal de contas a participação popular no procedimento visa a maximizar a efetividade da prestação de serviços relacionados com os direitos fundamentais sociais. Como se expôs, o propósito de dignificar a pessoa humana é a razão de ser dos serviços públicos e, por isso, a participação em procedimento administrativo que estrutura as concessões comuns e parcerias público-privadas são oportunidades propriamente ditas para a tutela administrativa de direitos fundamentais sociais.

Portanto, em Procedimento de Manifestação de Interesse, que envolve o manejo de informações de interesse coletivo, vinculadas às

utilidades públicas que visam a dar eficácia aos direitos fundamentais, a Administração Pública deve cumprir com o dever de transparência ativa, permitindo e promovendo o acesso a todas as informações do procedimento. A divulgação deve ser espontânea, por meios eletrônicos acessíveis, incluindo informações pormenorizadas e completas, de preferência em tempo real e ao alcance de quem se interessar.

Em outras palavras, a obrigação da Administração Pública não se resume às publicações na Imprensa Oficial. Para além disso, a Administração Pública tem o dever de publicar de ofício em seu sítio eletrônico, na íntegra, todos os documentos relacionados com o Procedimento de Manifestação de Interesse, inclusive, após o recebimento dos estudos e projetos, o próprio conteúdo apresentado. Caso o volume de informações não seja compatível com uma publicação eletrônica, a Administração Pública deve conceder meios alternativos e adequados de acesso aos interessados, para que possam obter cópia desses documentos. Reitere-se que atualmente essas práticas não vêm sendo empregadas pela Administração Pública brasileira, o que sujeita o Procedimento de Manifestação de Interesse aos riscos que foram relatados ao longo do capítulo¹⁶⁴.

Em síntese de todo o tópico: *todas as informações produzidas ou custodiadas pelas Administração Pública em razão do Procedimento de Manifestação de Interesse e todas as informações apresentadas pelos particulares revestem-se de caráter público e estão envoltas no dever de transparência*. As exceções são pontuais – somente acaso algum projeto

¹⁶⁴ Neste sentido: “Em nenhum caso dentre todos os analisados tivemos acesso ao conteúdo dos estudos entregues ou até mesmo a alguma informação relativa à escolha do estudo vencedor. [Nota de rodapé] Com exceção da primeira fase da mais recente PMI de Santa Catarina (Aviso nº 1/2012, Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para recebimento de propostas que tenham por objeto a requalificação e implantação de obras estruturantes visando à melhoria do sistema de transporte, de mobilidade urbana e de acesso à região insular de Florianópolis, a partir da BR-101) [...]”

Em primeiro lugar, destacou-se a falta de organização na disposição dos documentos. Enquanto algumas unidades federativas possuem páginas eletrônicas atualizadas onde é possível encontrar e acessar o conteúdo dos documentos relativos a cada projeto de PPP, outras trazem esses documentos dispersos nos sites de secretarias ou então disponibilizam o conteúdo apenas nos Diários Oficiais, que nem sempre possuem boas ferramentas de pesquisa.” (PEREIRA et al, 2012, p. 24-25)

se enquadre nas hipóteses cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

4.3.3.4 A questão da solicitação de sigilo sobre os dados cadastrais dos participantes

É comum que os regulamentos de Procedimento de Manifestação de Interesse assegurem o direito de o particular interessado solicitar sigilo de seus dados cadastrais, nos termos da legislação. Todavia, esse permissivo não se coaduna com o instituto, muito em razão dessa transparência acentuada que se defende como seu pressuposto de legitimidade.

Em primeiro lugar, há que se considerar que *dados cadastrais* propriamente ditos não se configuram como dados passíveis de sigilo, porquanto qualificam-se como informações de caráter público, sujeitos ao preceito geral da publicidade¹⁶⁵. Decretos regulamentadores do

¹⁶⁵ Veja-se, a respeito dos atos constitutivos e demais escriturações de pessoas jurídicas, que os artigos 1.150 e 1.151 do Código Civil estabelecem a obrigatoriedade de seu arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais. A finalidade dessa regra é justamente catalogar e viabilizar o conhecimento da situação cadastral e contábil das pessoas jurídicas por terceiros. Tanto é que, conforme o artigo 1.154 do Código Civil, o terceiro não pode alegar ignorância das informações registradas, desde que cumpridas as respectivas formalidades de registro. Demais disso, a Lei Federal nº 8.934/1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, estabelece que uma das finalidades desses órgãos é justamente dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei e que qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões (artigo 1º e 29). Ainda, em apoio, a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.183/2011, que dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), regulamenta o meio de comprovação da condição de inscrição no CNPJ: através da criação do “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral”, que pode ser consultado por qualquer pessoa pela rede mundial de computadores. E, como ocorre com as informações disponibilizadas pelas Juntas Comerciais, os dados cadastrais são informações de caráter público que não se submetem a quaisquer tipos de restrição ou reserva. No que diz com os registros de pessoas físicas, o mesmo raciocínio é válido. A propósito, o artigo 1º da Lei Federal nº 8.935/1994, que

Procedimento de Manifestação de Interesse não possuem normatividade para derrogar o caráter público dessas informações cadastrais.

De todo modo, mesmo que *dados cadastrais* sejam considerados *em sentido amplo*, incluindo-se todas as informações disponibilizadas pelos participantes que digam respeito às suas atividades, também não há como se defender a restrição de acesso.

Como já exposto, em que pese a Constituição Federal resguardar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas¹⁶⁶, o que se aplica também às pessoas jurídicas (expressando-se como o direito de sigilo comercial)¹⁶⁷, o Procedimento de Manifestação de Interesse requer dos participantes o ônus próprio daqueles que com a Administração Pública se relacionam voluntariamente em suas incursões no âmbito econômico (seja em licitação pública, seja por contrato, seja por Procedimento de Manifestação de Interesse).

O ônus é que esses particulares devem também suportar a transparência de suas informações, no limite do que for necessário para tal relacionamento. Como não é possível resguardar sigilo e obter transparência ao mesmo tempo, nesse caso, a transparência, que é condição de legitimidade do Procedimento de Manifestação de Interesse, prevalecerá, pelo que se justificará exigir dos usuários a adesão à publicidade como condição para a participação no procedimento. Ou seja, não haverá violação dos referidos direitos porquanto essas informações serão voluntariamente apresentadas pelo particular, conscientes de que essa condicionante é juridicamente legítima.

Como comentado à exaustão, o dever de observância da transparência neste procedimento é condição para o atendimento ao interesse público. Por ser um procedimento aberto, todas as informações apresentadas pelos particulares deverão ser levadas em consideração no momento de definição da melhor solução para a concessão, pelo que os demais interessados terão direito de acessá-las.

regulamenta os serviços notariais e de registro, acrescenta o objetivo de garantir a publicidade dos atos jurídico e o artigo 17 da Lei Federal nº 6.015/1973 assegura que qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido. Não há qualquer motivo legal que justifique o sigilo desses dados cadastrais apresentados no Procedimento de Manifestação de Interesse.

¹⁶⁶ Cf. inciso X do artigo 5º da Constituição Federal

¹⁶⁷ É o que assegura do artigo 52 do Código Civil: Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, o comentário de Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 230):

A Administração Pública tem como característica essencial a visibilidade de seus comportamentos como instrumental de meios destinados à consecução de múltiplos fins. Suas atividades são públicas por excelência. Devendo ser públicas, transparentes, diáfanas ou visíveis as atividades administrativas, pelo mesmo imperativo constitucional (art. 37) também devem, via de regra, ser públicas suas relações (e seus elementos essenciais) com os administrados para os fins que a transparência procura, sob pena de reduzi-la à inútil formalidade.

Por isso, embora outros ambientes o particular tenha assegurado o direito de inviolabilidade de sua vida privada e à intimidade, não será possível exigir da Administração Pública, em Procedimento de Manifestação de Interesse, o sigilo sobre as informações apresentadas que eventualmente poderiam configurar como sigilo comercial, como os currículos de seus profissionais, os documentos relacionados com trabalhos anteriores, as eventuais informações a respeito do patrocinador dos estudos e da forma de seu financiamento. Logo, ainda que os decretos regulamentares prevejam a existência de sigilo sobre dados cadastrais, a hipótese não encontra guarida legal. A publicidade dessas informações é ônus que o particular terá de suportar caso queira participar do Procedimento de Manifestação de Interesse.

4.3.3.5 A questão da publicidade dos estudos jurídicos e financeiros que dão suporte à avaliação de mérito da Administração Pública sobre a conveniência e a oportunidade do projeto

Para que se possa efetivamente aprofundar a defesa no sentido de que todas as informações relacionadas com o Procedimento de Manifestação de Interesse devem ser publicadas de ofício pela Administração Pública, convém apresentar contradita ao que foi defendido por Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 48-49) a respeito da divulgação dos estudos jurídicos e financeiros que estruturam a modelagem das concessões comuns e parcerias público-privadas.

O autor discorre a respeito de quais estudos promovidos pela Administração Pública devem ser publicados.

Em propósito dos estudos técnicos (estudos de demanda, de engenharia, ambientais e sociais), o autor defende a Administração deve publicá-los, uma vez que esses estudos, que carregam dados de campo primários ou secundários e análises a partir desses dados, auxiliam a Administração Pública e os licitantes a compreenderem melhor os custos de investimento e de operação do projeto, bem como as eventuais dificuldades para a prestação dos serviços pretendidos, a demanda prevista para os serviços e as potenciais receitas que podem ser geradas. O autor entende que quando a Administração Pública se utiliza de consultores com reputação reconhecida, os licitantes podem empregar esses estudos como insumos, sem que seja necessário promover por conta própria a coleta e o processamento desses dados. Por conta disso, recomenda que esses estudos sejam sempre publicados e que os consultores contratados revistam-se de reputação e qualificação reconhecidas como suficientes para realizá-los. (RIBEIRO, 2011, p. 48)

Está correta essa perspectiva do autor em relação aos estudos técnicos. A peculiaridade em relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse é que a reputação e a qualificação dos profissionais que empreenderão os estudos técnicos não dependem somente da Administração Pública, pois podem ser levantadas também pelos particulares interessados.

Contudo, o autor emite juízo de opinião distinto a respeito dos estudos jurídicos e financeiros¹⁶⁸. Leia-se a transcrição de seu comentário:

Em relação aos estudos jurídicos, a nossa opinião é que não faz sentido publicá-los, particularmente as análises de risco jurídico resultantes do trabalho dos consultores jurídicos ou escritórios de advocacia contratados pela Administração. Esses estudos são importantes para a Administração

¹⁶⁸ O autor também comenta o assunto em obra que redigiu com Lucas Navarro Prado (2007, p. 103), de onde se extrai o seguinte destaque: “Qualquer uma das opções mencionadas – a divulgação de todos os estudos ou apenas dos estudos técnicos –, desde que justificada, não viola, de forma alguma, a disposição do art. 21 da Lei 8.987/1995, que requer a disponibilização ao público dos estudos, investigações, projetos e levantamentos de utilidade para a licitação. Evidentemente, o objetivo da licitação é a obtenção do melhor preço para o Poder Público e para o usuário. Ora, se a disponibilização de determinada informação pode enviesar a formação do preço, não faz sentido torná-la pública. Vale aqui o princípio *ubi eadem ratio, ubi eadem dispositio* – ou seja, o que está de acordo com a razão da lei está de acordo com a lei.”

avaliar a necessidade de tomar as medidas necessárias para a redução de riscos jurídicos, institucionais e de natureza política que possam ser minorados, neutralizados ou mitigados. Esses estudos não trazem à tona dados de campo ou outras informações sobre o projeto, mas apenas avaliações sobre o conjunto das normas incidentes sobre o projeto, que são públicas, e, por isso, podem ser avaliadas por cada participante da licitação facilmente por meio da contratação dos seus escritórios de advocacia para tanto. Portanto, os estudos jurídicos não trazem novos dados sobre o projeto, mas apenas recomendações à Administração sobre riscos jurídicos, regulatórios e institucionais e as possíveis formas de mitigá-los. Esses estudos são destinados a subsidiar a análise pela Advocacia Geral, Procuradoria ou Secretaria de Negócios Jurídicos da entidade governamental a realizar a concessão ou PPP, e, exatamente para que os advogados contratados tenham a liberdade de falar abertamente sobre esses eventuais riscos com o seu cliente (a entidade governamental, e, mais especificamente, a sua procuradoria, ou departamento jurídico), não convém que esses estudos sejam publicados. (RIBEIRO, 2011, p. 49)

Opinião semelhante é emitida em favor dos estudos financeiros:

Já em relação à publicação do modelo e dos estudos relativos à modelagem financeira, muito tem se discutido no âmbito internacional sobre a conveniência ou não da publicação. Seguindo a mesma lógica da argumentação que expendemos sobre os estudos jurídicos, os estudos e as planilhas do modelo financeiro trazem informações que atualmente estão disponíveis para acesso por qualquer analista que domine os recursos elementares de análise financeira, de maneira que não faz muito sentido a sua publicação. Além disso, é comum que algumas das estimativas realizadas pelo Poder Público no modelo financeiro sejam utilizadas como pretexto para pressionar o Poder Público, inclusive na imprensa, para aumentar o preço de reserva (o preço mínimo pelo qual o Poder Público está disposto a desestatizar o projeto), ou como âncora que evita a oferta de preços melhores

para o Poder Público na licitação. Por essas razões, a praxe no Brasil tem sido a não publicação dos estudos e modelos financeiros utilizados pelo Poder Público para avaliar o projeto.

Já em relação à publicação do modelo e dos estudos relativos à modelagem financeira, muito tem se discutido no âmbito internacional sobre a conveniência ou não da sua publicação. Seguindo a mesma lógica da argumentação que expendemos sobre os estudos jurídicos, os estudos e as planilhas do modelo financeiro trazem informações que atualmente estão disponíveis para acesso por qualquer analista que domine os recursos elementares de análise financeira, de maneira que não faz muito sentido a sua publicação. (RIBEIRO, 2011, p. 49)

Em que pese a consideração pela obra do autor, não se pode concordar com os argumentos levantados em desfavor da publicação dos estudos jurídicos e financeiros.

Em primeiro lugar, há que considerar, como já sustentado, que o direito de acesso à informação, consagrado pela Constituição Federal (incisos XIV e XXXIII do artigo 5º, parágrafo 3º do artigo 37 e *caput*), pela Lei Federal nº 12.527/2011 (especialmente os artigos 3º, 8º, 21, e 23), pela Lei Federal nº 8.987/1995 (artigos 21 e 22) e pela Lei Federal nº 11.079/2004 (inciso V do artigo 4º), confere aos particulares a cristalina prerrogativa para obter cópia integral desses estudos, inclusive em momento anterior à licitação pública.

Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald (2004, p. 369), em comentário ao artigo 22 da Lei Federal nº 8.987/1995, registram que o dispositivo tem o condão de conferir “integral transparência ao processo licitatório e possibilitar a fiscalização, por qualquer cidadão, da sua legalidade e moralidade, na esteira da garantia constitucional”, o que, como também concluem os autores, inclui obter informações sobre todos os pareceres relativos às licitações.

O inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, que, em exegese elástica, poderia conferir ao legislador a competência para se restringir a publicidade de atos processuais relacionados com os projetos de delegação de utilidades públicas (aqui, então, incluindo-se forçadamente esses estudos), como se viu, não derroga o direito previsto no inciso XXXIII do mesmo artigo e, demais disso, também não recebeu do legislador qualquer hipótese que abranja esse eventual sigilo.

Também como antes apresentado, nenhuma das hipóteses de sigilo envolve esses documentos. Pelo contrário, todo o arcabouço jurídico relacionado com as informações de posse da Administração Pública, sobretudo os procedimentos e as tomadas de decisões que envolvem interesses coletivos vinculados à projetos que visam a dar eficácia aos direitos fundamentais, requerem práticas de máxima transparência. O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, demanda a publicidade irrestrita sobre esses estudos.

Em segundo lugar, desconsiderando-se os imperativos legais, embora por si eles pareçam suficientes, convém defender que a prática é conveniente e oportuna para o interesse público. É que essa publicidade concede aos particulares a prerrogativa pra avaliar o mérito dos atos administrativos decisórios que lhe afetam os direitos, uma vez que podem analisar o material empregado como seu fundamento (os estudos).

É medida compatível com o que se espera de uma democracia participativa; mais que isso, é o que se espera de um Estado Constitucional, cuja tradução elucida, numa de suas dimensões mais expressivas, o *Estado das escolhas administrativas legítimas*, como ensina Juarez Freitas (2009, p.9)¹⁶⁹.

Atos administrativos como esses, que tem aptidão para influenciar a vida dos particulares por décadas, inclusive vinculando escolhas administrativas às gerações futuras, devem passar por um crivo acentuado de legitimidade democrática.

Em terceiro lugar, adentrando ainda mais sobre o mérito desses documentos, o fato de que os estudos jurídicos e financeiros não trazem dados de campo, bem como dados primários ou secundários, não diminui a utilidade dessas informações para os potenciais licitantes ou para a sociedade – embora a utilidade das informações não seja algo a ser considerado pela Administração Pública, que tem o dever de dar a elas transparência sem avaliar as razões daqueles que demandam o acesso.

O fato de os estudos jurídicos trazerem avaliações sobre “o conjunto das normas incidentes sobre o projeto, que são públicas, e, por isso, podem ser avaliadas por cada participante da licitação facilmente

¹⁶⁹ Leia-se o complemento do autor (FREITAS, 2009, p. 9): “Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao mesmo, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidades das escolhas e políticas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.”.

por meio da contratação dos seus escritórios de advocacia” (RIBEIRO, 2011, p. 49) não pode ser justificativa para a ocultação desses estudos.

Não figura-se razoável porque esse argumento desconsidera a importância do controle social sobre o processo de estruturação das concessões comuns e parcerias público-privadas. Também desconsidera a relevância dessas informações para os potenciais licitantes, que pretendem ser parceiros da Administração Pública e, pela consensualidade que isso reclama, é apropriado supor que seja útil conhecer o que a Administração Pública está considerando para a sua tomada de decisões.

Também não se pode conciliar o argumento de que a restrição do acesso oferece aos advogados contratados pela Administração Pública a liberdade de falar abertamente sobre esses eventuais riscos. Justamente porque todos os riscos envolvidos para a Administração Pública em um projeto de alta relevância social, como são as delegações de utilidades públicas, devem ser tratados abertamente, e não só confidenciais à Administração Pública. Deve ser de conhecimento de toda a sociedade. Os pareceres jurídicos dos advogados contratados pela Administração Pública devem tratar descobertamente dos eventuais riscos, mesmo que esses riscos coloquem em xeque o projeto. Não há confidência a ser resguardada ou ocultada do conhecimento geral, tampouco há amparo legal para impor sigilo sobre esses pareceres.

Pelo contrário, o interesse social é justamente pela maior transparência possível, a publicidade ampla e irrestrita dos estudos e projetos envolvidos em concessão comum e parceria público-privada, que repercutem diretamente nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal aos particulares.

A respeito dos estudos financeiros, também não afigura-se adequado o argumento de que carregam informações “que atualmente estão disponíveis para acesso por qualquer analista que domine os recursos elementares de análise financeira, de maneira que não faz muito sentido a sua publicação.” (RIBEIRO, 2011, p. 49).

Novamente, o argumento não considera a mesma relevância que esses estudos podem representar para a coletividade e até para os licitantes. A consequência relatada pelo autor, de que a partir da publicação desses estudos costuma-se haver pressão social e midiática

para aumentar o preço de reserva da licitação pública, é exatamente o benefício à coletividade que a exposição desses estudos representa¹⁷⁰.

Se tecnicamente não é recomendável que seja aumentado o preço de reserva, então a Administração Pública terá que se explicar, não poderá se furtar a não legitimar suas escolhas. É mais um exemplo de que a publicidade ampla dos estudos e projetos que amparam a modelagem das concessões comuns e parcerias público-privadas pode trazer maior legitimidade para o processo.

Sejam provenientes de Procedimento de Manifestação de Interesse, sejam provenientes de consultores contratados diretamente pela Administração Pública, a coletividade tem o direito de acessar o conteúdo desse material justamente para aferir a sua legitimidade e compatibilidade com o interesse público.

O argumento subsequente levantado pelo autor, de que a publicação desses estudos financeiros pode servir como “âncora que evita a oferta de preços melhores para o Poder Público na licitação” (RIBEIRO, 2011, p. 49), também não convence.

O risco será mitigado se houver o aumento da competitividade da licitação pública, pelo que os parâmetros considerados pela Administração Pública em seus estudos, caso estejam subavaliados, devem ser assim percebidos e desconsiderados pelos concorrentes, que buscarão ofertar preços próximos do valor real da outorga para que consigam lograr êxito no certame.

Os estudos só servirão como âncora caso as informações repassadas na licitação pública sejam inconsistentes. E, nada impede que, em vez de âncora, esses estudos sirvam como um foguete de flecha.

Ademais, em se tratando de uma parceria que se pretende durar décadas, o mais adequado é exatamente que o preço ofertado pelo vencedor da licitação pública seja um preço justo para todos, e não um preço demasiadamente vantajoso para a Administração Pública. Por fim, mesmo na eventualidade de que esse risco se concretize, os numerosos e significativos benefícios que são originados justamente pela publicidade sobrelevam-no.

A busca pela eficiência econômica dos contratos administrativos ao preço da inobservância dos demais valores e princípios que gerem as atividades da Administração Pública dificilmente se justificará e, por

¹⁷⁰ Aliás, o alijamento de pressões era justamente um dos motivos que fundamentavam a antiga tradição do segredo administrativo no lugar da transparência (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 156).

consequência, dificilmente se concretizará, haja vista a insegurança jurídica que dá sequência a essa opção.

O *trade off* entre eficiência econômica e legalidade (num sentido amplo), num caso em que em obséquio da eficiência se requer a ausência de transparência na formação dos projetos de concessão comum ou de parceria público-privada, deverá pender para a primazia da legalidade, pois a opção pela sigilo/eficiência, ao invés de transparência/legalidade, tornará o projeto menos consistente perante os órgãos de controle e, assim, só por isso, anulará em muito os benefícios que decorreriam dessa pretensa eficiência.

É ineliminável a conclusão de que há uma *ineficiência econômica intrínseca* à formação dos contratos administrativos e à execução dos contratos (NÓBREGA, 2012, p. 405), resultante, principalmente, da regra constitucional da licitação pública e, de par com ela, do dever de observância de todos os princípios e valores constitucionais atinentes à função administrativa do Estado, especialmente a isonomia, a legalidade e a transparência. Contudo, a observância desses deveres constitucionais, num ambiente jurídico-institucional reconhecidamente propício à corrupção e favorecimentos indevidos de licitantes, é o mínimo para se garantir, ao menos, alguma eficiência aos contratos.

Embora seja uma prática da Administração Pública não publicar esses estudos, como relatado e defendido pelo autor, é certo que o assunto merece maior reflexão. E talvez a melhor maneira para repensar o assunto seja conferindo ao Procedimento de Manifestação de Interesse a observância da transparência ativa e radical que se apresentou ao final deste capítulo¹⁷¹. No mínimo dos mínimos, então, que essa publicidade seja ulterior à licitação pública, ainda que essa medida represente um fator

¹⁷¹ Bruno Ramos Pereira (2011, p. 15) parece compartilhar da opinião de que todos os estudos produzidos em Procedimento de Manifestação de Interesse devem ser publicados: “É importante que o poder público motive, publicamente, porque aceitou e porque não aceitou os estudos de viabilidade das pessoas físicas ou jurídicas autorizada a produzi-los. Todos os estudos, quer sejam os aceitos, quer sejam os não aceitos, devem ser publicados e disponibilizados de modo facilitado pelo poder público, para qualquer interessado. Para que a qualidade dos estudos seja elevada, é importante que o mercado provedor de estudos de viabilidade tenha a consciência dos potenciais embaraços decorrentes de eventual não aceitação de seus produtos em função da baixa qualidade.”

de insegurança jurídica, é mais conforme ao ordenamento do que o sigilo perene¹⁷².

O que resta, então, é “o imenso desafio de formatar editais de licitação e consequentes contratos administrativos que sejam os mais eficientes possíveis” (NÓBREGA, 2012, op. 405), ciente de que não será permitido, para tanto, a mitigação dos demais valores e princípios constitucionais concernentes à matéria.

Enfim, em Procedimento de Manifestação de Interesse – e em matéria de delegação de utilidades públicas –, o dever de observância da transparência administrativa é insopitável.

Como exemplo de que é pressuposto para a segurança jurídica, tome-se a recentíssima ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pelo Ministério Público Federal do Estado do Rio de Janeiro que visa a anular a licitação da parceria público-privada para a operação e manutenção do Estádio do Maracanã. Um dos principais argumentos levantados: a não disponibilização em formato digital, na rede mundial de computadores, dos estudos de viabilidade apresentados no Procedimento de Manifestação de Interesse que subsidiaram o edital da licitação pública¹⁷³. O argumento de falta de transparência foi acatado pelo juízo de primeiro grau, que, em 10 de abril de 2013, suspendeu a licitação. Dentre as razões de decidir, restou consignado que¹⁷⁴:

[...] ao optar por utilizar o procedimento do MIP para estruturar a concessão da citada PPP, o Poder Público atraiu para si a imperiosa necessidade de se cumprir uma transparência ainda mais rigorosa e um detalhamento mais profundo dos estudos e dos projetos.

¹⁷² Cf. Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 211): “Cessada a causa do sigilo, as etapas ulteriores ou o ato produzido têm publicidade extensiva e acesso.”

¹⁷³ Informações extraídas de:

<http://pppbrasil.com.br/portal/content/minist%C3%A9rio-p%C3%BAblico-prop%C3%B5e-a%C3%A7%C3%A3o-judicial-para-suspender-licita%C3%A7%C3%A3o-da-ppp-do-maracan%C3%A3> Acesso em: 22 mar. 2013

¹⁷⁴ A íntegra da decisão está disponível em:

<http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-das-confederacoes/noticia/2013/04/tribunal-de-justica-aceita-pedido-do-mprj-e-suspende-licitacao-do-maracana.html> Acesso em 10 abr. 2013

Perceba-se que, como indicado de forma reiterada neste estudo, reconheceu-se na decisão que o Procedimento de Manifestação de Interesse é “um instrumento legítimo que institucionaliza o diálogo público-privado a respeito de um projeto de interesse público liderado pelo Estado”. A decisão assentou ainda que o procedimento é pertinente para os casos em que depende “da participação do mercado para que se torne realidade, fornecendo, à máquina administrativa, os elementos técnicos necessários à modelagem”. No entanto, como bem destacado, o procedimento demanda a observância máxima possível da transparência, o que inclui a integralidade do material relacionado com o projeto concessório.

5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Procedimento de Manifestação de Interesse oferece meio para que a Administração Pública e os particulares dialoguem e cooperem antes da definição do projeto de concessão comum ou de parceria público-privada. É instrumento consentâneo aos valores e princípios primados pela Constituição Federal, sobretudo à participação dos particulares na formação de decisões administrativas inclinadas a garantir os direitos fundamentais.

Em seu aspecto teórico, desse diálogo se origina benefício mútuo, pois a Administração Pública, ao receber melhores soluções para dar cabo de suas obrigações constitucionais, realiza seus interesses, enquanto os particulares realizam os seus por conseguir fazê-los valer no projeto, no exato limite do que a Administração Pública avaliar como ajustado aos interesses da coletividade.

Posto dessa forma ideal, o interesse público será sempre mais bem atendido em consequência a um Procedimento de Manifestação de Interesse, porquanto a redução da assimetria informacional também reduzirá os respectivos custos de transação do contrato. Todos conhecerão os interesses que compartilham e por isso o contrato será mais legítimo e mais eficiente para os envolvidos: Administração Pública, concessionário e usuários.

Contudo, há de se encontrar o fiel dessa balança, sem o qual o risco de desprestígio ao interesse público é evidente. O fiel dessa balança qualifica-se como as balizas jurídicas que devem acompanhar o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse, as quais serão retratadas ao longo deste capítulo.

5.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Neste tópico serão apresentados os fundamentos jurídicos que dão suporte à existência do Procedimento de Manifestação de Interesse. No primeiro item, apresentar-se-á uma defesa em favor da *suficiência normativa da Constituição Federal para conformar a legalidade de procedimentos administrativos colaborativos*, tal como o Procedimento de Manifestação de Interesse. No segundo item, serão definidos os seus *fundamentos legais propriamente ditos*, a partir dos dispositivos em lei que lhe preveem a existência. Na sequência, serão apresentados os *valores e os princípios que irradiam efeitos sobre o Procedimento de*

Manifestação de Interesse. Depois disso, algumas considerações específicas a respeito do *relacionamento do instituto com as licitações públicas*, seguidas de um brevíssimo apanhado em obséquio dos *institutos estrangeiros que lhe influenciaram* e dos *projetos de lei que lhe dizem respeito*. Após, nos próximos tópicos, será iniciada a exposição a respeito da regulamentação do procedimento, mediante a análise completa do seu objeto, das etapas e dos instrumentos que lhe conformam.

5.1.1 A suficiência normativa da Constituição Federal para respaldar a legalidade de procedimentos administrativos como o Procedimento de Manifestação de Interesse

O Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser compreendido como uma oportunidade aprimorada para a manifestação de quatro direitos fundamentais do indivíduo: o *direito de petição* (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal), o *direito de acesso à informação* (incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), o *direito de participação na Administração Pública* (parágrafo único e inciso II do artigo 1º e parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal) e o *direito à igualdade* (artigo 5º e inciso XXI do artigo 37 da Constituição federal)¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Constituição Federal

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II - a cidadania [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 5º [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

O *direito de petição*, como ensina José Afonso da Silva (2012, p. 132-133), confere ao particular – seja pessoa física ou jurídica – a prerrogativa de invocar a atenção do poder público sobre uma questão ou uma situação, inclusive para solicitar algum direito que lhe confira a uma posição mais favorável de liberdade, o que pode guardar relação com a apresentação de sua manifestação de opinião.

Há também no direito de petição uma dimensão coletiva, no sentido de servir como instrumento de defesa de interesses gerais. Ambas as dimensões vem a calhar por ocasião das manifestações de interesse que versam a respeito de projeto de delegação de utilidades públicas. Demais disso, ensina o autor, decorre do direito de petição também o dever de resposta motivada da Administração Pública.

O *direito de acesso à informação*, trabalhado com ênfase no último capítulo, confere ao interessado o direito de conhecer as informações de caráter público mantidas pela Administração Pública, inclusive, então, os seus *atos, programas, obras, serviços e campanhas*¹⁷⁶, o que inclui o planejamento do programa de desestatização, informações sobre os setores identificados como prioritários, os cronogramas e os projetos em andamento ou a serem desenvolvidos.

Os direitos de petição e de acesso à informação foram reconhecidos por Marcos Augusto Perez (2004, p. 165-183) como os dois principais fundamentos dos *institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos*, classificação a qual é válida para o Procedimento de Manifestação de Interesse, em companhia de outros institutos de direito, como as *audiências públicas*, as *consultas públicas* e o *orçamento participativo*. Todos esses representam

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

¹⁷⁶ Cf. parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social [...]”.

ferramentas de inserção democrática dos particulares interessados na gestão da coisa pública.

O *direito de participação na Administração Pública* é corolário da cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, e da soberania popular, segundo a qual todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos. É o tema que foi exposto ao longo do estudo na qualidade de *propósito de materialização da democracia*¹⁷⁷. A noção conceitual do direito de participação na Administração Pública inclui a “*possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de carácter consultivo ou deliberativo*” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2010, p. 21).

O *direito à igualdade* garante aos particulares que a Administração Pública deverá assegurar condições isonômicas de tratamento a todos aqueles que tencionam participar da etapa preparatória dos projetos de delegação de utilidades públicas, bem como de quaisquer outros projetos de interesse coletivo. O dever de observância à isonomia, bem conhecido das licitações públicas e dos contratos administrativos, é elástico e alcança todos aqueles que tencionam participar da etapa preparatória do projeto concessório.

O conteúdo jurídico do direito à igualdade está pautado no reconhecimento de que os interesses aos quais o Estado está incumbido prosseguir pertencem à coletividade. A natureza desses interesses, portanto, proclama que “quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 83). Destarte, em respeito ao dever de observância da isonomia, aplicável a todas as atuações administrativas, sobretudo nos processos administrativos colaborativos, a Administração Pública, diante do oferecimento espontâneo de estudos ou da solicitação de autorização para tanto, caso seja de seu interesse recebê-los, deverá estender a mesma oportunidade a toda a coletividade.

Por corolário direto desses direitos fundamentais, todo cidadão pode oferecer suas ideias, projetos, estudos e sugestões à Administração Pública, bem como conhecer previamente os seus principais propósitos e exigir dela uma resposta motivada. Os demais particulares têm o direito

¹⁷⁷ Cf. tópico 4.1.2 *A materialização de uma democracia participativa por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse*

de conhecer dessa tratativa e manifestar o igual interesse de colaboração, pelo que devem receber o mesmíssimo acolhimento.

Não é dizer que a Administração Pública deve ser constrangida a promover a participação dos particulares em seus projetos no mesmo grau de profundidade que representa o Procedimento de Manifestação de Interesse, mas está impelida a motivar o não acolhimento das pretensões particulares nos casos em que houver interessados, ou, quando houver autorização a algum, deve estender a todos a mesma oportunidade.

Dito de outra forma, embora o lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse não seja obrigatório, a Constituição Federal assegura aos particulares o direito de oferecer estudos à Administração Pública e de receber uma decisão justificada sobre o seu mérito. Ressalvando-se que, caso a Administração Pública nutra interesses por esses estudos, deverá, também por dever constitucional, oferecer a mesma oportunidade de colaboração aos demais potenciais interessados. Por corolário, nesta ocasião particular, deverá lançar um procedimento administrativo adequado, o qual é ora denominado *Procedimento de Manifestação de Interesse*.

Considerando-se os elementos apresentados, conclui-se que a essencialidade de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja acompanhado de lei própria que lhe preveja está relacionada tão somente com a possibilidade de que lhe sejam fundados direitos e deveres específicos, não previstos na Constituição Federal – o que atualmente resume-se à vinculação da obrigação do eventual ressarcimento pelos dispêndios dos estudos ao vencedor da licitação, como se verá mais adiante.

A normatividade conjunta do direito de petição, do direito de acesso à informação, do direito de participação na Administração Pública e do direito à igualdade, que verte à Administração Pública a observância da isonomia, interpretados ao lume da cidadania e da soberania popular, como fundamentos da Constituição Federal, resultam na desnecessidade de sua previsão legal.

Cuida-se de uma situação peculiar que se amolda ao que foi registrado no primeiro capítulo como uma das facetas do direito administrativo do século XXI: a dilatação da noção de sujeição à legalidade por parte da Administração Pública, que não está mais somente condicionada a cumprir o conteúdo das leis, pois vincula-se também, e prioritariamente, ao atendimento da Constituição Federal. Leia-se o comentário de Gustavo Binenbojm (2008, p. 14-15):

Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo

de *autodeterminação constitucional*, emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositivo legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

Em outras palavras, a existência do Procedimento de Manifestação de Interesse é legítima por força constitucional, do que se deduz que o seu desenvolvimento não dependeria de previsão legal, desde que fosse destituído da particularidade da previsão de eventual direito de ressarcimento.

Embora a questão pareça impertinente ao instituto, já que, na realidade, está amparado por previsão legal, como se apresentará adiante, a presente conclusão é importante para se assentar a legalidade de sua aplicação a objetos outros que não a delegação de utilidades públicas.

Em respeito à boa hermenêutica, portanto, desde que não haja infração aos princípios e valores de direito administrativo e constitucionais, procedimentos administrativos podem ser provocados por particulares ou até elaborados por iniciativa da Administração Pública, inclusive para objetos outros que não as concessões comuns e parcerias público-privadas. E, para tanto, o regulamento a pautar tal procedimento pode se inspirar no regime aplicável ao Procedimento de Manifestação de Interesse – com exceção, insista-se, do direito de ressarcimento, que é direito previsto pela lei.

Em síntese, os fundamentos ora expostos têm utilidade para respaldar a legalidade de procedimentos administrativos para coleta democrática, isonômica e transparente de opiniões, sugestões, levantamentos, investigações, estudos ou projetos que envolvam quaisquer políticas públicas. Esses procedimentos representam instrumentos de colaboração voluntária dos particulares na Administração Pública, exigência cara ao Estado Democrático de Direito e ao direito administrativo, que rege as suas funções administrativas.

Para que não se alegue que o parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal embarga o presente raciocínio em virtude da reserva

legal que previu à disciplina das formas de participação do *usuário* na Administração Pública, anote-se três razões.

Em primeiro lugar, a participação dos *cidadãos* na gestão pública é corolário do Estado Democrático de Direito, que prevê a soberania popular e a cidadania como seus fundamentos. É irrazoável supor que a ausência de lei própria que discipline a sua forma mitigue o direito dos particulares de participar direta ou indiretamente da Administração Pública. O referido dispositivo deve ser interpretado, portanto, restritivamente, de modo a conferir reserva de lei aos casos em que a lei discipline a participação dos *usuários* de serviços prestados pela Administração Pública. A ausência de lei disciplinadora, em procedimentos administrativos abertos e preparatórios, portanto, não significará a impossibilidade de participação de cidadãos, já que ocorre quando o relacionamento entre os sujeitos ainda não se qualifica como a de *usuário* – tal como foi delimitado no dispositivo constitucional – defronte a Administração Pública ou o concessionário. Em sentido oposto, da interpretação se sucederia uma inversão completa dos valores democráticos consagrados na Constituição Federal.

Em segundo lugar, o referido dispositivo não derroga o direito que todos os cidadãos conservam de manifestar os seus interesses à Administração Pública em forma de petição e, de conseguinte, de receber uma decisão devidamente motivada. Tampouco derroga o raciocínio subsequente de que, neste caso, por força do princípio da igualdade, quando se tratar de interesses coletivos, a Administração Pública tem o dever de estender a possibilidade aos demais particulares. E, segue-se, o dispositivo também não contraria a derradeira conclusão de que a Administração Pública, diante desta situação, deverá promover o acolhimento das manifestações de interesse em forma de procedimento administrativo isonômico e transparente. Ou seja, deverá processualizar a participação dos interessados¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Sobre o devido processo administrativo, leia-se o que afirma Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 173): “Como a ‘vontade’ do Estado, na produção de seus atos (sejam legislativos, administrativos ou jurisdicionais), traduz sempre o exercício de função, segue-se que o processo é o modo normal de agir do Estado. Em outras palavras: a realização do processo é indispensável à produção ou execução dos atos estatais.” A obrigatoriedade do processo administrativo também é sustentada por Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2010, p. 23): “Em outras palavras, pronunciamentos estatais que interfiram, sob qualquer forma, na esfera

Disso se deduz que o direito de petição, o direito de acesso à informação, o direito à igualdade e o dever de observância ao devido processo administrativo conferem normatividade, por si sós, para os procedimentos administrativos colaborativos.

Em terceiro lugar, para afastar qualquer dúvida, registre-se a existência do artigo 33 da Lei Federal nº 9.784/1999, que prevê o desenvolvimento de meios de participação de *administrados* quaisquer na Administração Pública. Ou seja, bem verdade, a reserva de lei foi preenchida:

Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Destaque-se que a aplicação da Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, é subsidiária em relação aos demais entes da federação, conforme jurisprudência assentada do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹. Isso quer dizer que a aplicação do diploma, considerado como um verdadeiro *estatuto da cidadania administrativa* (MEDAUAR, 2012, p. 45), é reconhecida a todos os entes federativos que não possuem legislação que regulamente os processos administrativos em âmbito local¹⁸⁰.

Conclui-se, assim, pela suficiência normativa da Constituição Federal para respaldar a legalidade de procedimentos administrativos colaborativos, tal como o Procedimento de Manifestação de Interesse.

5.1.2 Os fundamentos legais do Procedimento de Manifestação de Interesse

dos indivíduos ou da coletividade em geral, não coadunar-se-ão com o Estado de direito democrático, caso emitidos na ausência de prévia realização de um *processo*.”.

¹⁷⁹ Vide, por exemplo, o Recurso Especial nº 1.103.105/RJ, julgado em 3/3/2012.

¹⁸⁰ No Estado de São Paulo, por exemplo, a lei aplicável é a Lei Estadual nº 10.177/1998 e não a Lei Federal nº 9.784/1999. No Estado do Rio de Janeiro e no Estado de Santa Catarina, por outro lado, que não contêm lei própria, aplica-se o diploma federal.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui normas gerais predispostas a regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse. Pelo contrário, um de seus fundamentos legais indica que ele deve ser regulamentado pelo Poder Executivo. O que se tem, portanto, são normas infralegais – decretos regulamentares ou atos administrativos equivalentes –, que cuidam de suas minudências procedimentais.

Esses decretos regulamentares, conquanto díspares em seus pormenores, conservam sólidas paridades. São normas com grau de parentesco material, que, juntas, cada qual com suas peculiaridades, acabam por fundar tal instituto de direito administrativo.

Os dispositivos legais que dão suporte ao Procedimento de Manifestação de Interesse são dois: o conhecido artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o menos conhecido artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009.

O artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 tem o seguinte teor:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Sem prejuízo da argumentação exposta no item anterior, o Procedimento de Manifestação de Interesse recebeu a sua normatividade completa com a promulgação da Lei Federal nº 8.987/1995, o diploma que deu nova vida às concessões.

Perceba-se que o dispositivo prevê a existência de estudos, investigações, levantamentos e projetos realizados mediante a autorização do poder concedente, bem como a possibilidade de ressarcimento dos dispêndios correspondentes pelo vencedor da licitação, conforme especificação do edital. E mais, acrescenta que os estudos devem estar à disposição dos interessados.

Se a lei reconhece a possibilidade de a Administração Pública autorizar a elaboração de estudos e de que esses devem estar à disposição dos interessados, então não há nada que impeça seja regulamentado, por mero ato administrativo, procedimento para que isso ocorra.

Trata-se de raciocínio arrimado no inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, que encontra simetria nas constituições estaduais, segundo o qual compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e

regulamentos para a fiel execução da lei, que nada mais são do que as disposições operacionais que uniformizam a atuação da Administração Pública para o cumprimento da lei (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 343), ampliando e completando o seu conteúdo e o seu propósito (TÁCITO, 1997, p. 510), limitadas à compatibilidade com os princípios e valores da Constituição Federal (BINENBOJM, 2008, p. 25, 31; DI PIETRO, 2012b, p. 14).

Mais que isso, as autorizações para elaboração dos estudos e projetos previstos no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 devem ser efetivamente antecedidas de procedimento administrativo regulamentado, em respeito ao *devido processo*, cuja aplicabilidade à Administração Pública é notadamente reconhecida e indispensável.

E, como os estudos e projetos devem estar à disposição dos interessados, nasce em conjunto o dever de promovê-lo com ampla publicidade – é dizer, com transparência ativa.

Em resumo, o referido artigo introduziu na legislação a conjugação do interesse dos particulares em participar dos estudos prévios à licitação pública, com o da Administração Pública em obter de forma alternativa o planejamento para o atendimento de demandas mais complexas relacionadas com as delegações de utilidades públicas, devendo ser atendidos os pressupostos de isonomia e da transparência. Demais disso, incluiu a possibilidade de se assegurar o direito de ressarcimento pelos dispêndios correspondentes aos estudos e projetos efetivamente empregados na licitação pública.

É pacífico assegurar, portanto, que, ao lado da Constituição Federal, o permissivo conferido pela Lei Federal nº 8.987/1995 também confere normatividade o bastante, ainda que não explicitamente, para a existência do Procedimento de Manifestação de Interesse.

De toda sorte, atualmente não há mais margem para quaisquer dúvidas hipotéticas sobre a viabilidade jurídica do instituto. O artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009 também outorgou fundamento legal, dessa vez mais explícito, ao Procedimento de Manifestação de Interesse:

Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.

Necessário um parêntese. O referido dispositivo é hoje praticamente desconhecido da doutrina e da prática administrativa. Explicando melhor, a Lei Federal nº 11.922/2009 dispõe precipuamente sobre “a dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre capital próprio pela Caixa Econômica Federal”. Sucede que, como já é costume no Brasil, existe uma verdadeira e perigosa farra legal nos projetos de conversão de medida provisória. Dispositivos absolutamente aleatórios são inseridos em leis cujo objeto nada tem que ver com os seus propósitos. É verdadeira prática de contrabando legal, que deveria pôr em xeque, por desrespeito ao *devido processo legislativo*, a legitimidade material desse *modus operandi*. E um dos dispositivos que dão fundamento ao Procedimento de Manifestação de Interesse padece desse mal originário. Mas, ao cabo de contas, é lei: válida, vigente e eficaz. E, é útil, pois, como dito, extirpa qualquer questionamento acerca da viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse¹⁸¹.

Adicione-se, também, que o Procedimento de Manifestação de Interesse é a materialização do que foi reconhecido pelo artigo 29 da Lei Federal nº 9.784/1999¹⁸², ao referendar o direito dos interessados de propor atuações probatórias nas atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão.

Os estudos e projetos apresentados pelos particulares no Procedimento de Manifestação de Interesse são as *atuações probatórias* destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão *em matéria de delegação das utilidades públicas*.

Sucede que o Procedimento de Manifestação de Interesse ainda não recebeu a devida atenção da doutrina administrativista. Não obstante, embora esparsos, estudos de qualidade a respeito do instituto já foram preparados. Um desses estudos¹⁸³ foi elaborado por Bruno Ramos Pereira

¹⁸¹ Sobre o tema, ainda, registre o que é de se espantar: o mesmo método, cuja legitimidade democrática e republicana é duvidosa, foi utilizado para edificar a lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, um dos temas hoje mais proeminentes em direito administrativo. Sobre essa natureza particular do instituto, ver os comentários de Eduardo de Carvalho Rêgo (2012).

¹⁸² Lei Federal nº 9.784/1999

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

¹⁸³ Não há como deixar de referenciar também o estudo elaborado por Livia

(2011), intitulado como “Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?”. O autor tece considerações bem ponderadas a respeito do instituto, levantando questão sobremaneira instigante sobre a assimetria de informações existente entre a Administração Pública e os particulares. Imbuído do propósito de analisar condições em que o Procedimento de Manifestação de Interesse poderia se desenvolver em compasso com o interesse público, o autor apresenta o instituto com ineditismo e habilidade que merecem o reconhecimento.

E é nesse estudo que o autor empreende uma análise do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, que ora interessa:

O artigo 21, portanto, traz alguns nortes interessantes a respeito do tema:

- (i) deve haver publicidade e transparência a respeito dos estudos produzidos;
- (ii) abre-se a possibilidade para que, se o poder público considerar mais eficiente ou simplesmente necessário, a iniciativa privada produza os estudos relevantes para que setor público possa estruturar modelos de investimento em infraestrutura pautados em contratos de concessão; e
- (iii) se optar por este caminho, o setor público não precisará depender do orçamento público para que os estudos sejam contratados, pois o ressarcimento aos estudos utilizados na estruturação da concessão serão de responsabilidade do licitante vencedor. (PEREIRA, 2011, p. 6)

Não obstante derivarem do regime constitucional brasileiro, o amplo acesso à informação, a publicidade e a transparência dos estudos produzidos estão intrincados na redação do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995.

É que ao determinar que os estudos e projetos vinculados à concessão devem estar à disposição dos interessados, a lei deu ênfase ao direito subjetivo de acesso a essas informações.

Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano (2012), que oferecem ampla pesquisa sobre as origens do instituto, acompanhada de densidade teórica e de utilidade prática à altura do que se exige dos juristas estudiosos do moderno direito administrativo.

Logo, para que efetivamente os estudos e projetos estejam ao alcance dos potenciais interessados, a Administração Pública deve gerenciá-los com a maior publicidade e transparência possível. O tema já recebeu a devida dedicação no presente estudo¹⁸⁴.

Como já exposto, também, o artigo 22 da Lei Federal nº 8.987/1995 assegura a qualquer pessoa a obtenção de informações sobre todos os atos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões¹⁸⁵.

Por outro ângulo, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, concedeu à Administração Pública a liberdade para promover o levantamento do projeto de delegação com o auxílio dos particulares interessados, mediante a respectiva autorização. Com isso, torna-se seguro defender que os estudos prévios à modelagem não necessariamente devem ser empreendidos pela Administração Pública, que outorgou discricionariedade aos agentes públicos para levantá-los mediante a outorga de autorização a particulares interessados.

E por fim, também como anotou Bruno Ramos Pereira (2011, p.6), o dispositivo legal permitiu que esses estudos sejam ressarcidos pelo vencedor da licitação pública, o que deve estar especificado no edital. Ou seja, o ônus financeiro pela produção dos estudos, que, como visto, não é insignificante, poderá não ser assumido diretamente pela Administração Pública.

Saliente-se, por outro norte, que os permissivos legais ora versados não são condicionantes para que a elaboração dos estudos autorizados seja desenvolvida especificamente por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse.

O instituto toma corpo a partir da interpretação do dispositivo em conjunto com a Constituição Federal, mas pode ser regulamentado de forma flexível à realidade local, desde que em atendimento aos devidos princípios de direito administrativo e constitucionais.

É certo que ambos os dispositivos que lhe fundam albergam a concepção vigente de que o Estado brasileiro efetivamente necessita e

¹⁸⁴ Cf. 4.3.3 *Os fundamentos jurídicos que exigem da Administração Pública uma transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse*

¹⁸⁵ Registre-se que “[a] recusa em fornecer as informações solicitadas, constitui ato ilegal, passível de mandado de segurança contra a autoridade que se negar a atender ao pedido de informações, para que seja dada efetividade ao direito do postulante.” (WALD et al, 2004, p. 369)

está obrigado a contar com a colaboração dos particulares para dar cabo de seus deveres.

Em matéria de concessões, a partir da concepção moderna que preza pelo concerto e pela consensualidade entre a Administração Pública e os particulares, o compartilhamento de seus interesses precede a prestação das utilidades públicas, como era tradicional, e vem a principiar na própria definição das melhores condições para serem celebradas as concessões.

O Procedimento de Manifestação de Interesse institucionaliza o relacionamento prévio à licitação pública, o que é hoje reconhecido como oportuno e legítimo pelo ordenamento.

Pode-se asseverar seguramente que já não está ao alvedrio da Administração Pública permitir ou não a participação de representantes da comunidade e da própria iniciativa privada na preparação das concessões. É, antes, uma obrigação (vide, por exemplo, a exigência de consulta pública prévia ao lançamento do edital nas parcerias público-privadas) (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204). O Procedimento de Manifestação de Interesse aprofunda o âmbito dessa participação.

Como já se anunciou, o instituto se desenvolveu mais com a prática administrativa do que em virtude de sua previsão legal. Não há obras publicadas sobre o instituto, tampouco se conhece alguma referência a ele por ocasião dos comentários doutrinários ao artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Bem verdade, o instituto recebeu expressiva influência de práticas semelhantes no estrangeiro.

Com efeito, embora a Constituição Federal dê amparo normativo suficiente para a existência de institutos de direito administrativo como o Procedimento de Manifestação de Interesse, ainda que as concessões tenham ressurgido no ano de 1995, somente a partir do segundo lustro da década de 2000 é que os sinais mais intensos desse instituto começaram a ser percebidos. Com destaque, a sobrevivência do Decreto Federal nº 5.977/2006, que regulamentou o procedimento no âmbito da Administração Pública federal¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Anote-se, para registro, o levantamento normativo realizado por Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 334), em que constata a regulamentação do instituto pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL desde o ano de 1996. A Lei Federal nº 9.427/1996, que instituiu a referida entidade, disciplina, em seu artigo 28, a realização de estudos de viabilidade, anteprojetos e projetos de aproveitamento de potenciais hidráulicos por

Sem embargo, o relevo atual que o Procedimento de Manifestação de Interesse vem recebendo da Administração Pública brasileira, como apresentado no segundo capítulo¹⁸⁷, é consequência de dois principais fatores: (i) a inevitabilidade de que a Administração Pública, por demandas técnicas ou econômicas, conte com o auxílio dos particulares para a modelagem de seus projetos de delegação de utilidades públicas; (ii) a inevitabilidade, por exigência da concepção moderna de direito administrativo, de que a Administração Pública promova práticas de aproximação com a sociedade para a definição e elaboração de seus principais projetos de políticas públicas.

O Procedimento de Manifestação de Interesse alia ambas as inevitabilidades. Daí dizer que carrega potencial de eficiência econômica e de eficiência democrática. É a conversão criativa das necessidades contemporâneas em procedimento administrativo autônomo, com vida e regulamento próprios.

O instituto vem ao encontro de um movimento pela abertura democrática da Administração Pública, perceptível não só no Brasil, como em todo o mundo – como se nota por sua origem influenciada pelo estrangeiro. É procedimento com potencial de aproximar os particulares do poder público e proporcionar verdadeira sintonia com os propósitos de transparência administrativa, de democracia participativa e de eficiência na prestação das utilidades públicas.

Todas essas anunciadas possibilidades se materializam, pois, com o Procedimento de Manifestação de Interesse, que deve ser regulamentado de forma a obedecer os mandamentos constitucionais e legais de um procedimento administrativo que reflete na esfera jurídica de terceiros.

Todavia, como alertado, embora a lei suporte a sua existência, não foi por seu intermédio que o Procedimento de Manifestação de Interesse

particulares, com base no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Na sequência, outros diplomas infralegais foram expedidos para regulamentar a prática (Portaria nº 40, de 26 de fevereiro de 1997, Resolução nº 395, de 4 de dezembro de 1998, Resolução Normativa nº 343, de 9 de dezembro de 2008 e Resolução Normativa nº 412, de 5 de outubro de 2010). Não obstante o emprego do procedimento por esta entidade, os registros de sua utilização habitual pela Administração Pública brasileira remetem a períodos mais recentes, sobretudo após a segunda metade da década de 2000.

¹⁸⁷ Cf. 3.4 *O histórico crescente de lançamentos do Procedimento de Manifestação de Interesse no Brasil.*

se desenvolveu, mas com a expedição dos decretos regulamentares que dispuseram sobre a operacionalização do instituto.

Em outras palavras, os decretos regulamentares exarados pelos diferentes entes da federação é que atualmente regulamentam especificamente o *procedimento* para a manifestação dos interessados em colaborar com os projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas. Acresça-se a isso o comentário de que o lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse também não está condicionado ao prévio estabelecimento de normas gerais regulamentadas por decreto. Nada impede que a sua regulamentação, uma vez ausente, possa ser suprida por ato administrativo próprio do órgão organizador do certame, desde que não haja algum dispositivo normativo em âmbito local que impeça essa prática; em âmbito geral, inexistente.

O regime jurídico aplicável ao Procedimento de Manifestação de Interesse em seu âmbito procedimental funda-se essencialmente nos decretos regulamentadores ou equivalentes, sem prejuízo da observância, no que for pertinente, da Lei Federal nº 8.666/1993 e da Lei Federal nº 9.784/1999. Em seu âmbito principiológico, o Procedimento de Manifestação de Interesse recebe a influência de toda a legislação correlata às contratações públicas, incluindo-se as normas gerais de licitação pública e a legislação correlata das concessões comuns e das parcerias público-privadas. Além disso, por obviedade, a juridicidade do Procedimento de Manifestação de Interesse conforma-se ao que determina a Constituição Federal.

Conquanto não seja objeto da Lei Federal nº 8.666/1993, é dela que o Procedimento de Manifestação de Interesse extrai as diretrizes principiológicas para a operacionalização do procedimento. Isso porque, como se sabe, o Procedimento de Manifestação de Interesse constitui etapa prévia à licitação pública das concessões comuns e parcerias público-privadas. A licitação pública, apesar de não representar consequência obrigatória, é o seu desígnio, é o seu resultado natural. Por isso, então, está envolto e deve observância aos princípios gerais atinentes à matéria das licitações públicas.

Como consequência, o Procedimento de Manifestação de Interesse também está condicionado à observância do princípio constitucional da isonomia e ao objetivo de estruturar uma licitação pública que obtenha a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por fim, por se revestir hoje como uma das finalidades das licitações públicas, convém registrar que o Procedimento de Manifestação de Interesse

também carrega consigo a finalidade de colaborar com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável¹⁸⁸.

5.1.3 Os valores e os princípios que vinculam e irradiam efeitos sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse

Finalmente os princípios geraes do Direito administrativo, como todos os verdadeiros princípios de Direito, são fundados na razão, justiça e equidade, independentemente da utilidade publica.

Mas logo que há uma Lei directa e positiva, a Administração faz d'ella applicação geral com uma rigorosa racionalidade.

(Vicente Pereira do Rego, 1860, p. 8, grafia da época)

O Procedimento de Manifestação de Interesse, como instituto de direito administrativo, está condicionado à observância das normas de direito público. Além das regras propriamente ditas, veiculadas em lei ou em decretos regulamentadores, a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse subordina-se aos valores e aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a conteúdo normativo da Constituição Federal¹⁸⁹.

¹⁸⁸ A observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável representam os preceitos elencados como finalísticos para as licitações públicas, conforme o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993. Sem embargo, a observância do princípio constitucional da isonomia pode ser considerada a própria causa da licitação pública, visto que existe justamente para assegurar a igualdade entre os particulares perante as contratações públicas. (NIEBUHR, 2011, p. 42). Bem verdade, a observância da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são causa e finalidade das licitações públicas. Não se adentrará, por ora, na polêmica discussão sobre os pressupostos de legitimidade da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação pública, por fugir ao objeto desse estudo.

¹⁸⁹ Como ensina Luiz Henrique Urquhart Cademartori (2008, p. 78), a diferença quanto à natureza dos valores e dos princípios reside no *caráter axiológico* dos primeiros frente ao caráter *deontológico* (o dever ser) dos últimos. Nada obstante, há uma vinculação intrínseca entre os valores e princípios, que compartilham

Dentre esses princípios, reconhece-se com maior ênfase a irradiação de efeitos jurídicos daqueles já conhecidos da doutrina das licitações públicas, que, como o Procedimento de Manifestação de Interesse, também é procedimento administrativo fundado na isonomia e na busca de soluções para o interesse público.

Os princípios pertinentes às licitações públicas aplicam-se em sua maioria ao Procedimento de Manifestação de Interesse, pois emanam efeitos para todos os processos de contratações públicas, incluindo, por evidência, as concessões comuns e parcerias público-privadas.

Dessa sorte, dá-se brevíssimo destaque a alguns desses princípios e valores jurídicos, todos complementares entre si, que instruem o Procedimento de Manifestação de Interesse, sem pretensão de esgotá-los ou de aprofundá-los, mas tão somente para relembrá-los e conformá-los ao direito administrativo do século XXI, com as devidas escusas pela eventual superficialidade.

5.1.3.1 Interesse público

O *interesse público* é conceito abstrato, aberto e em transformação. Encontra-se intrincado com a missão e com os próprios limites do Estado. Logo, na ordem jurídica vigente, o interesse público encontra-se em consonância e compartilha os âmbitos conceituais da busca pela eficácia dos direitos fundamentais¹⁹⁰ e dos princípios e valores cultivados pela Constituição Federal. Conformar o interesse público significa conformar os interesses de toda a coletividade, mediante a observância dos referidos

conteúdo qualitativo. O dever jurídico de materializar um determinado valor qualifica-se como um princípio, razão pela qual é seguro afirmar que o “o gradual atendimento dos valores tem o seu equivalente ao gradual atendimento dos princípios”. Os princípios, justamente por carregarem a ideia de um *dever ser*, são empregados na argumentação jurídica com maior frequência. Note-se, à vista disso, que um mesmo conteúdo pode ser traduzido ao mesmo tempo como princípio e como valor, pelo que a adoção desses termos ao longo do presente estudo se deu conforme a melhor oportunidade.

¹⁹⁰ Leia-se, a esse respeito do compartilhamento conceitual entre o interesse público e os direitos fundamentais, o comentário de Emerson Gabardo (2009, p. 296): “Sendo assim, ontologicamente o princípio da supremacia do interesse público não pode contrariar os direitos fundamentais sob pena de se descaracterizar.”.

valores. Desta feita, carece de sentido versar sobre o interesse público sem vinculá-lo imediatamente aos direitos fundamentais, em suas dimensões de salvaguarda e de promoção da liberdade dos indivíduos, em sentido o sentido mais amplo possível¹⁹¹.

No direito administrativo contemporâneo, a conotação mais apropriada concernente ao *interesse público* está mais próxima que outrora dos interesses dos particulares. É o comentário de Alexandre dos Santos Aragão (2010, p. 3): “O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.”.

Por corolário, num Estado Democrático de Direito, o interesse público não pode ser concebido como instrumento retórico para legitimar, por si, interesses do Estado contrapostos aos interesses dos particulares. Não se admite que o *interesse público* derogue *direitos fundamentais* do indivíduo. Como bem pondera Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 69), “é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição*, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado.”.

Por isso, não há como conceber, como outrora, que da busca pelo interesse público se legitime uma eventual “verticalidade das relações travadas entre a Administração Pública e administrados, caracterizada pelo desequilíbrio, sempre em favor do Estado”, como realça Daniel Sarmiento (2010, p. 24-26).

Cuida-se, bem verdade, do que há mais de década já sustentava Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 54), ao comentar que “há inúmeras situações em que os mesmos [interesses públicos e interesses privados] se conciliam, sem que se faça pertinente compelir a prevalência do

¹⁹¹ Leia-se o comentário de Daniel Sarmiento (2008, p. 83,85): “Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público. [...] Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos.”

público.”. O autor complementa que, caso se entendesse o oposto, “presumir-se-ia imanente o conflito entre o interesse público e o privado, o que levaria a qualificar a função administrativa sob o escopo de derrogar as expectativas individuais, e não de satisfazer elas”.

O Estado, em sua missão de representar alguns muitos interesses da coletividade, deve sujeição aos princípios e valores da Constituição Federal, sobretudo aos direitos fundamentais, cuja máxima observância se dá em favor da dignidade da pessoa humana.

A legitimidade dos atos administrativos não deixa de estar condicionada à rígida observância do interesse público. A missão do Estado é universalizá-lo. Mas esse interesse público, a espinha dorsal da razão de ser do Estado, não encontra-se apartado dos interesses individuais, pois é originado justamente deles e somente por eles legitimado¹⁹².

Daí dizer que existem limitações naturais ao exercício das atividades da Administração Pública: todas aquelas condutas que violentam direitos inalienáveis do indivíduo, ou, em outra roupagem, mais abrangente, todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, que visam a assegurar uma vida digna.

Partindo-se dessa fluidez entre os interesses, a discussão a respeito da supremacia do interesse público perde por ora a sua razão de existir, pois o que efetivamente é relevante é o conteúdo que se importa desse interesse público como prevalecente diante de um caso concreto (BINENBOJM, 2008, p. 37).

Se se considerar os interesses privados assegurados pela Constituição Federal como componentes do conceito de interesse público, não haverá por que discutir a respeito de sua supremacia sobre os interesses privados, uma vez que, neste caso, estarão amalgamados. Ou seja, o interesse público, em uma realidade específica, pode privilegiar um interesse privado em desfavor de um interesse da Administração Pública,

¹⁹² Veja-se o comentário de Paulo Ricardo Schier (2010, p. 219): “Parte-se da idéia de que são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade da pessoa humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. Assim, não há Estado, ou ao menos o Estado Democrático de Direito, desvinculado de uma justificação ética. Ele não é e nem pode ser, destarte, um fim em si mesmo.”

pelo que não há por que sustentar uma supremacia de um conceito sobre outro se existe fluidez entre eles¹⁹³.

Se o Estado se legitima pela representação de direitos dos particulares, nada mais natural que, no exercício desta representação, não caibam condutas contraditórias ou sobrepujantes ao poder que de alguma forma recebeu.

E a faceta mínima essencial dos interesses individuais é o direito a não sofrer violência injusta, *violência* ora versada em sentido amplo. Como regra social, em qualquer conjuntura, os seres humanos têm o dever de não iniciar a violência, sob pena de se tornar justa uma eventual conduta em resposta que, em cenário de paz, seria considerada uma violência injusta. Assim, todo aquele que não violentar direito alheio, não poderá jamais ser violentado, sob pena de se configurar a injustiça. O mesmo se aplica à Administração Pública, que jamais poderá causar dano permanente a particular que tenha cumprido o seu dever de não exercer a violência sobre direitos alheios. Em tese, somente assim é que se poderia haver uma legitimidade plena do Estado.

Para o que interessa ao estudo, reclama-se da Administração Pública o dever de não violentar direitos fundamentais do indivíduo, como o exercício de faculdades constitucionalmente asseguradas, o tratamento isonômico que está obrigada a destinar para todos os particulares, a observância da moralidade e da transparência no trato da coisa pública, a motivação bem fundamentada das decisões administrativas. Pelo contrário, demanda-se que a Administração Pública fomente a busca pelos direitos fundamentais, ora incluídos os direitos sociais prestacionais. Enfim, a observância do interesse público requer do Estado que promova adequadamente as suas competências e que respeite os valores e princípios do direito, sobretudo aqueles encartados pela Constituição Federal, como os que serão expostos na sequência¹⁹⁴.

¹⁹³É também o comentário de Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2011, p. 17): “O que pretendo destacar aqui é que (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos administrados e que (ii) não existe qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando estes se traduzem na produção e disponibilização de utilidades públicas para fruição da população.”

¹⁹⁴ A vinculação da Administração Pública a conteúdos axiológicos do direito é reconhecida pela doutrina jurídica brasileira mais antiga: “Quando a administração trata de organizar os serviços publicos, não deve postergar as

5.1.3.2 Igualdade, isonomia, imparcialidade e impessoalidade

O artigo 5º da Constituição Federal reconhece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, dentre outros direitos, a inviolabilidade do direito à igualdade. O princípio da igualdade/isonomia é determinante para que todos os interessados em colher benefícios da Administração Pública sejam tratados de forma isonômica/igual (NIEBUHR, 2011, p. 42).

Em Procedimento de Manifestação de Interesse, não há previsão legal de qualquer tratamento diferenciado a ser destinado aos participantes. Como regra, todos devem ser tratados da mesmíssima forma. Nada obstante, considerando-se que é legítimo tratar desigualmente os desiguais em prol de uma igualdade material, eventualmente podem existir situações que exigirão conduta niveladora do agente público. É uma das facetas do direito à boa administração, como leciona Juarez Freitas (2009, p.23):

(c) *o direito à administração pública imparcial*, isto é, aquela que não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (redutoras das desigualdades injustas)

Os tratamentos desiguais em procedimentos administrativos abertos e participativos são excepcionalidades e dependem que essa seja medida legítima em favor do interesse público, caso contrário, no mais das vezes, o dever será a observância máxima da isonomia em todo o procedimento. Dessa sorte, salvo rara exceção, somente discernível em caso concreto, todos devem receber o mesmíssimo tratamento em Procedimento de Manifestação de Interesse. Significa dizer que a Administração Pública deve conceder a todos os interessados a oportunidade para participar da elaboração dos estudos e projetos que

vantagens delle em attenção ás predilecções ou anti-pathias politicas; quando se occupa com a execução de um preceito legislativo, não deve sophistica-lo, torcê-lo, ou illudi-lo para comprazer ao systema preferido pelo governo; quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, collocando a sua rectidão e imparcialidade acima de todas as considerações da politica. (RIBAS, 1866, p. 60-61, grafia da época)

visam a subsidiar a futura concessão comum ou parceria público-privada, deve repassar as informações relacionadas com o projeto em igual medida a todos os participantes, quando prorrogar prazo deve estendê-lo a todos os interessados, deve disponibilizar acesso aos estudos e projetos da modelagem final a quem eventualmente se interessados. São deveres que emanam da normatividade do princípio da isonomia.

Do mesmo modo, o dever de observância da imparcialidade e da impessoalidade pode ser considerado como corolário da isonomia. Somente será possível tratar todos com igualdade se todos receberem tratamento impessoal e imparcial. Como a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse envolve o relacionamento entre agentes públicos e particulares, tal relacionamento deve ser impessoal, o que significa dizer que nenhuma espécie de vantagem poderá ser conferida a qualquer participante em virtude de intenções particulares do agente público, que sempre agirá em nome e nos interesses da Administração Pública. Do mesmo modo, deve ser imparcial, sem tender a privilegiar direta ou indiretamente qualquer particular por razões que não justificadas na estrita observância do interesse público, não deve desequilibrar as posições de igualdade em que se encontram os particulares (daí se vê a relação direta com o princípio da igualdade).

5.1.3.3 Transparência e ampla publicidade

A transparência administrativa e a ampla publicidade dos atos concernentes ao Procedimento de Manifestação de Interesse, pela relevância que representam ao instituto, ganharam tópico próprio no capítulo anterior¹⁹⁵. Em suma, a Administração Pública deve abster-se do sigilo e propalar de ofício *todas* as informações relacionadas com o procedimento. É materialização do que Juarez Freitas (2009, p. 22) denomina por direito subjetivo público à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade e informar plenamente os particulares, com mais ênfase no presente caso por resultar em tomada de decisão administrativo que afeta direitos fundamentais. Sublinhe-se que, demais disso, práticas transparentes conferem segurança jurídica ao projeto.

¹⁹⁵ Ver 4.3 *O desafio de transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse*

5.1.3.4 Legalidade e razoabilidade

Respeitar a legalidade significa que todos os atos administrativos devem encontrar respaldo no ordenamento jurídico.

É pertinente considerar como *ordenamento jurídico* e, portanto, capaz de referendar a validade de um ato administrativo, as normas hierarquicamente superiores do ordenamento, ou seja, tanto a legislação ordinária como o conteúdo normativo da Constituição Federal.

Rompe-se, portanto, a partir do levante constitucional, com o antigo entendimento de que a Administração Pública estaria somente vinculada à lei em sentido estrito, reconhecendo-se a normatividade direta dos princípios jurídicos e de todo o diploma constitucional. Como já apontado, houve o alargamento do princípio da legalidade, para além de seu sentido clássico, que admitia em seu conteúdo somente a lei formal. (DI PIETRO, 2002, p. 20). De conseguinte, como leciona Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 56), “[n]a experiência brasileira, a função administrativa também decorre diretamente da Constituição, prescindindo da intermediação de ato legislativo”. O autor arremata:

Inclusive, calha concluir que a legitimidade da função administrativa diretamente decorrente da Constituição é ainda maior do que a intermediada pelo Legislativo, pois diretamente amparada pela mais elevada manifestação da soberania popular, que concentra o poder originário.

Como comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 20), embora a Constituição Federal não tenha explicitado essa opção pela submissão à normatividade em sentido amplo, deve-se considerá-la, em interpretação sistêmica, como equivalente ao que registrou o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹⁹⁶: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”¹⁹⁷

De mais a mais, há que se levar em conta que a interpretação do ordenamento jurídico não será legítima se pautada por inflexibilidades. A rígida vinculação de situações fáticas a hipóteses normativas automáticas

¹⁹⁶ Disponível em:

http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf Acesso em 29 mar 2013.

¹⁹⁷ Em sentido contrário, ver Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 99-106)

não se amolda ao conceito de justiça, finalidade máxima do direito, pois que a realidade é complexa. Logo, as previsões normativas, com maiores ou menores intensidades de aproximação para a aplicação sobre fatos hipotéticos (regras e princípios, na divisão clássica, respectivamente), não legitimam por si sós as condutas. Para se descobrir a legalidade em cada caso, será preciso interpretar aquela realidade específica perante o ordenamento jurídico reconhecido à época. Caso contrário, a aplicação do direito restará desencontrada daquilo que deve ser verdadeiramente perseguido pelo operador jurídico. Como o ordenamento jurídico não é somente composto por leis ou por decretos regulamentares, mas também por valores e princípios (explícitos e implícitos), ou seja, nem todas fontes de direito são positivas, somente a interpretação conjunta de todo o ordenamento jurídico é que fornecerá os parâmetros axiológicos a serem observados para o reconhecimento da legalidade de uma conduta¹⁹⁸.

Daí então que a interpretação do direito ao caso concreto não deve ser irrazoável. Daí a razoabilidade como postulado para a aplicação do direito:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazer referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, 2005, p. 103)

¹⁹⁸ É a lição certa de Juarez Freitas (2009, p. 41): “[...] o Direito Administrativo só se ordena de modo tópico-sistemático (= interação caso/sistema), não havendo campo de ordenamento onde ocorra subsunção automática, excludente dessa interação;”

Como visto, aplicar o direito de forma razoável não admite que a legalidade seja reconhecida como a vinculação cega da Administração Pública a regras de direito, tampouco ao amparo direto em lei.

Resultante prática disso, por exemplo, é o reconhecimento de poder normativo ao Poder Executivo, desde que com amparo no ordenamento jurídico e desde que em obséquio do interesse público e da efetivação dos princípios e valores constitucionais¹⁹⁹. Por outro lado, a sujeição da Administração Pública à legalidade ampla pode suavizar, a depender da situação, o *trade off* entre eficiência e legalidade estrita (NÓBREGA, 2012, p. 404).

Por segurança jurídica e por coerência do sistema jurídico positivo, contudo, a flexibilidade na interpretação do ordenamento jurídica não respalda a sua relativização completa. Os extremos da inflexibilidade e da flexibilidade interpretativa do direito são ambos repudiados.

Dessa sorte, deve-se respeitar *a priori* a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, como regra, para o Procedimento de Manifestação de Interesse, a sua regulamentação infralegal não poderá gerar restrição de direitos sem amparo em lei.

Há uma *primazia da lei* para a atuação administrativa, portanto; mas não impeditiva de que a Administração funde as suas atividades diretamente na Constituição Federal, mesmo que, de forma excepcionalíssima, isso se dê contra a lei, caso seja razoável assim proceder em busca da materialização dos valores e princípios constitucionais. É o que Gustavo Binbenbujm (2008, p. 15) denomina por *juridicidade administrativa*, conforme:

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii)

¹⁹⁹ Desde a origem do direito administrativo brasileiro, aliás: “Também o poder legislativo não pôde legislar sobre matéria, que por sua natureza pertença á Administração, sem usurpar a autoridade do poder executivo. A Administração, porém, independente na sua marcha, e firmada no interesse publico, fonte da razão governamental, é sempre senhora de fazer novos regulamentos, de revogar, ou alterar os antigos.” (REGO, 1860, p. 3, grafia da época).

mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Em razão da variedade de elementos que compõem a noção de legalidade e da polêmica que o assunto representa, revela-se bastante pertinente transcrever doutrina da lavra de Carlos Ari Sundfeld, que expõe sucintamente as tendências maximalistas do conceito da legalidade, as quais, como se opinou, não devem ser adotadas indistintamente (2012, p. 40):

Expus há pouco, embora de modo bem simplificado, as noções mais gerais sobre o princípio da legalidade. Elas fazem parte do patrimônio cultural do direito administrativo, em virtude da concepção, amplamente aceita, de que o Estado tem de se submeter ao Direito.

Só que o perfil mais concreto que a legalidade deve ter, em cada época e situação, é algo muito polêmico entre os formuladores de teorias sobre o Estado, entre os juristas e entre os práticos.

Assim, por exemplo, quem quer valorizar o Legislativo frente ao Executivo tende a defender a legalidade quase como uma *reserva total da lei*, de modo que praticamente todas as normas teriam de vir do Legislativo; quem é favorável à existência de uma ampla regulação econômica feita pelo Estado, que precisa ser ágil e dinâmica, tende a defender um poder normativo mais amplo para a Administração, reservando-se à lei apenas decisões mais substantivas (uma *reserva do básico para a lei*).

De outro lado, os que defendem o máximo fortalecimento do poder dos juizes frente aos administradores públicos têm uma *visão maximalista de Direito*, isto é, tendem a encontrar na Constituição, nas leis e nos princípios – especialmente em suas fórmulas mais abertas e indeterminadas – condicionamentos ao exercício da atividade administrativa que outros não veem.

Com isso, pretendem limitar a liberdade dos administradores. (SUNDFELD, 2012, p. 40)

As condutas relacionadas com o Procedimento de Manifestação de Interesse relacionam-se com os atos administrativos e, muitos deles, expressam momentos de tomada de decisões administrativas pelo agente público. Durante o exercício de sua função, o agente público deverá considerar os valores e princípios encartados pela Constituição Federal, pelo que as suas manifestações podem, inclusive, ter amparo direto naquela norma.

Em consequente à impossibilidade de se aferir *a priori* o que é ou não legal sem uma interpretação sistêmica mediante a subsunção dos fatos ao direito, o devido respeito à legalidade pelos agentes públicos deverá ser por eles demonstrado em cada ato administrativo. Para tanto, deverão consignar a motivação de seus atos de forma a legitimá-las, motivação essa que não poderá jamais ser irrazoável sob o direito.

5.1.3.5 Discricionariedade e motivação legítima

Em decorrência da impossibilidade de se aplicar indistintamente as normas positivas aos casos concretos, por reclamar-se, antes, a interpretação conjunta de todo o ordenamento jurídico, o que inclui, evidentemente, os seus valores e princípios explícitos ou implícitos, a classificação dos atos administrativos entre vinculados ou discricionários não pode ser absoluta. Se as normas não prescrevem deveres absolutamente inflexíveis, então os atos administrativos previstos pelas normas jurídicas jamais serão integralmente vinculados ou inteiramente livres. A lição de Juarez Freitas é categórica (2009, p. 36):

A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinação normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação, muito menos às exigências de justificação. *No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encalço presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e*

maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa para além do princípio da legalidade. Ou seja, não foge, impunemente, para o mundo pseudo-seguro das regras.

Os juízos decisórios dispensados pelo agente público devem ser acompanhados de motivação legítima. Isso lhe confere a liberdade para buscar alternativas quando diante de alguma excepcionalidade em que a aplicação de uma regra jurídica não representar a opção adequada para efetivar o interesse público. O que se exige é a exposição adequada de motivos consoantes ao ordenamento jurídico, com ênfase para o que dita a Constituição Federal. A maior ou menor aproximação dos comandos normativos aos fatos hipotéticos auxiliará o agente público nessa motivação, pois, como bem esclareceu Juarez Freitas, o esforço para se motivar legitimamente a sua decisão será menor quando a determinação normativa prévia for mais explícita sobre a hipótese fática. Do contrário, o contrário.

A adequada motivação é que legitimará a margem de discricionariedade do agente público. O que não se admite, em direito administrativo, é o arbítrio do agente público, que se desvela com a ausência de motivação ou com a motivação infundada/ilegítima.

5.1.3.6 Devido processo administrativo

O devido processo administrativo representa o meio formal assecuratório dos demais valores e princípios que norteiam a função administrativa. Por um lado, a atuação por meio de processo no âmbito da Administração Pública confere segurança à coletividade, pois registra todo o encadeamento de atos administrativos e os expõe ao controle dos excessos, das ilegalidades e das ilegitimidades.

O procedimento administrativo deve compor o meio pelo qual se *uniformiza o tratamento dogmático de toda a atividade administrativa*, dando-se relevo ao modo de formação dos atos administrativos decisórios (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 304). Como ensina Benjamin Zymler (2003, p. 9), o procedimento administrativo evita que a Administração Pública confira atos decisórios diferentes para regular situações idênticas, o que potencializa a sua atuação aos contornos do princípio da isonomia, contribuindo para a manutenção da paz social. Como já se viu, a noção de

devido processo administrativo alberga o próprio direito de participação dos particulares na formação das decisões administrativas e a exigência de transparência (BINENBOJM, 2008, p. 31). É a moderna perspectiva conferida ao procedimento administrativo, em que há uma diluição do poder decisório ao longo de seu decurso, que formará a consistência da legitimidade de seu resultado. Vê-se a participação no procedimento administrativo como um “mecanismo institucionalizado de colaboração dos particulares e das autoridades públicas para a produção de decisões administrativas.” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 306).

Em Procedimento de Manifestação de Interesse, a processualidade é essencial para que todos conheçam bem como se sucederá, como se sucede ou como se sucedeu a aproximação da Administração Pública e dos participantes. O devido processo administrativo traz consigo todos os benefícios da formalidade, em especial destaque para a sindicabilidade dos atos administrativos. Por *devido*, em *devido processo*, entende-se também a obrigatória permissão de ampla defesa e de contraditório sobre as decisões que afetem direitos.

5.1.3.7 Vinculação ao instrumento convocatório

O dever de vinculação ao instrumento convocatório concerne também o Procedimento de Manifestação de Interesse. Como é procedimento administrativo aberto aos interessados, tal como em licitação pública, a condução do procedimento acontece conforme as regras registradas no instrumento convocatório, ora denominado por edital de solicitação de manifestação de interesse. Essa vinculação confere aos particulares a segurança resultante do conhecimento prévio dos direitos e deveres que envolvem a participação no procedimento, pois a Administração Pública está obrigada a “respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido” para discipliná-lo (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 542).

De igual modo, é a garantia de que se poderá exercer algum controle sobre a atuação da Administração Pública durante a condução dos trabalhos no Procedimento de Manifestação de Interesse, até mesmo após a entrega dos estudos e projetos. O instrumento convocatório é o documento por meio do qual as condições de todo o procedimento serão expostas ao particular interessado, que, caso aceite e seja autorizado a participar, estará sujeito – em razão de sua condescendência – ao seu teor.

5.1.3.8 Julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo, o qual é comentado de forma mais aprofundada no tópico pertinente à avaliação de mérito dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse²⁰⁰, consiste, em sumariíssima definição, em afastar da avaliação exercida pela Administração Pública o máximo possível de subjetividades, embora se reconheça que anulá-la jamais será possível.

É o que Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 542) sintetiza por impedir que o julgamento seja decidido “sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais da comissão julgadora.”. Para atingir a esse desígnio é que se exigirá que no instrumento convocatório sejam expressos os critérios objetivos de avaliação. O emprego desse princípio nas etapas de avaliação requer da Administração Pública uma atenção apurada a respeito da motivação legítima dos atos administrativos decisórios.

5.1.3.9 Eficiência, eficácia e proporcionalidade

Os administrador público, pela justa qualidade de administrador e curador de interesses de terceiros, deve engendrar os meios mais adequados em sua procura pela efetivação (concretização, materialização, realização) do interesse público. O agente público deverá interpretar a realidade da Administração Pública a partir de suas possibilidades materiais e, fundando-se no ordenamento jurídico (nunca é demais lembrar que deve dar destaque à observância dos direitos fundamentais), tomar as decisões administrativas de forma a praticar bem (eficiência) as condutas corretas (eficácia) que materializarão o interesse público (efetividade)²⁰¹.

²⁰⁰ Cf. 5.4.7.1 *Comentário sobre a subjetividade intrínseca à avaliação, o princípio do julgamento objetivo e o dever de motivação legítima da decisão*

²⁰¹ Destaque-se que embora a eficiência seja mais lembrada como princípio de direito público do que a eficácia, ambos encontram-se positivados na Constituição Federal. O princípio da eficiência, no artigo 37, e a eficácia, como valor a ser alcançado, o que, a depender do conceito, também pode ser denominada como princípio, no inciso II do artigo 74, que determina que os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) mantenham sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão de suas atividades.

De par com isso resulta a exigência de que os meios eleitos como eficazes pelo agente público sejam proporcionais aos fins almejados. É o que costuma se denominar por princípio ou postulado da proporcionalidade. O procedimento clássico para se aferir a proporcionalidade entre um meio e um fim, ao lume do direito, se dá com a procedência de três análises, na sequência:

[...] o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2005, p. 113)

Em ordem, o agente público deverá primeiro identificar o conteúdo a ser considerado como o *interesse público* diante daquela realidade ou problemática específica, cujo alcance representará a sua finalidade (o que deve ser efetivado), para então traçar os meios que lhe permitirão atingi-lo (os meios eficazes, respeitado o juízo de proporcionalidade), para então empreendê-los de forma a potencializar a aptidão desses meios (empregar os meios com eficiência, novamente, respeitando-se o juízo de proporcionalidade). Os atos administrativos devem ser eficientes e eficazes em favor do interesse público, sejam em relação a problemáticas econômicas ou jurídicas. Requer-se o juízo de proporcionalidade para se avaliar a natureza, a extensão e a profundidade dos eventuais *efeitos colaterais* que defluirão desses meios e da maneira que se pretende empregá-los sobre outros direitos também albergados pelo interesse público.

5.1.3.10 Diligência e previdência da Administração Pública

Como desdobramento do dever de observância de práticas eficazes e eficientes, a Administração Pública deverá ser diligente e providente. Em específico, para o Procedimento de Manifestação de Interesse, esses valores estão relacionados com a magnitude jurídico-econômica das concessões. A celebração de uma concessão comum ou de uma parceria público-privada se dá por meio de decisões cujos efeitos se estendem por décadas e por gerações. Logo, o dever de diligência (realizar, executar, perfazer todas as atitudes cabíveis para efetivar o interesse público) e de

previdência (adotar todas as cautelas necessárias para efetivar o interesse público) deve ser redobrado. Durante a promoção do Procedimento de Manifestação de Interesse, portanto, “[a] Administração tem de tomar em vista *todos* os possíveis efeitos diretos e indiretos das escolhas realizadas por ocasião da concepção da licitação e das condições que serão consagradas a propósito da futura contratação.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 203-204).

5.1.3.11 Moralidade e probidade administrativa

A moralidade e a probidade administrativa são pressupostos de qualquer função exercida em nome da coletividade. O agente público jamais poderá usar de artifícios para ludibriar o interesse da Administração Pública ou o interesse público. Deverá seguir estritamente as regras de conduta ética e observar todos os valores e princípios de direito durante o exercício de seu cargo. Como sintetiza Juarez Freitas (2009, p. 23), o direito à administração prova veda condutas éticas não-universalizáveis; Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 45), por sua vez, relaciona o princípio da moralidade “aos comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade.”.

Ou seja, não basta que, no exercício de suas funções, o agente público agarre-se à legalidade em sentido estrito, vez que deve garantir que sua atuação ocorra por intermédio de condutas compatíveis com a ética administrativa. Para tanto, deve, então, observar as regras de conduta típicas da função pública e estabelecer uma “relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público.” (GARCIA, 2003, p. 2). O respeito à moralidade administrativa, bem verdade, é pressuposto para a conformidade com o princípio da legalidade em sentido amplo, nos termos antes expostos, sob pena de invalidade do ato administrativo.

Destaque-se a distinção necessária entre a moralidade comum e a moralidade administrativa, que pressupõe o apartamento entre os âmbitos de incidência do direito e da moral. A moralidade administrativa “tem conteúdo *jurídico* porque compreende valores *juridicizados*, e tem sentido a expressão *moralidade* porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral” (CAMMAROSANO, 2006, p. 113.)²⁰².

²⁰² No mesmo sentido, a diferenciação elaborada por Emerson Garcia (2003, p. 2): “Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários

A consequência perceptível desta distinção é a de que não é possível associar o princípio da moralidade administrativa “à moral comum, vigente na sociedade num certo momento histórico, como se toda a ordem moral supostamente prevalecente tivesse sido juridicizada por força do mesmo”, como leciona Márcio Cammarosano (2006, p. 113).

A probidade administrativa, por sua vez, reveste-se como forma qualificada da moralidade administrativa, cujas hipóteses de violação são prescritas em lei. Isso quer dizer que “toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela.” (CAMMAROSANO, 2006, p. 109).

Desvios de probidade remontam à ideia de desonestidade e corrupção. As improbidades administrativas não são toleradas porque afrontam verticalmente a legitimidade da Administração Pública em representar dos interesses da coletividade, colocando em xeque a própria legitimidade do Estado, pois, no mais das vezes, violentam injustamente direitos dos particulares, tanto em sentido estrito (direitos individuais) como em sentido largo (direitos enquanto membros da coletividade).

5.1.3.12 Segurança jurídica, proteção da confiança legítima, boa-fé e lealdade

A segurança jurídica é valor que pode ser notado desde o âmago das relações humanas. É um dos propósitos do direito. Toda insegurança jurídica gera um ambiente demasiadamente vulnerável a injustiças. Os efeitos que emanam de meios inseguros dificilmente correspondem às expectativas dos indivíduos nele insertos, razão pela qual não raramente quedam impotentes por não poderem envidar esforços proveitosos em defesa de seus interesses. Por consequência, as inseguranças impedem o desenvolvimento eficiente das faculdades humanas e, com isso, mitigam o alcance da dignidade plena. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 124) comentou o princípio da segurança jurídica da seguinte forma:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca

entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.”

permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente, – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

No exercício da função administrativa, a Administração Pública não deve se utilizar de suas prerrogativas para subjugar os interesses que os particulares lhe confiaram autenticamente. Dito de outra forma, a Administração Pública não deve se valer de expedientes em seu favor que desmereçam a crença genuína que, em decurso direto ou indireto de sua própria conduta, lhe foi afiançada pelos particulares. Pelo contrário, deve dispensar tratamento conforme as expectativas legítimas nela depositadas, para que a sua própria atuação se ratifique como legítima perante a sociedade. É o que leciona Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 53-54): “A Administração Pública deve buscar pautar suas relações jurídicas em respeito aos direitos e interesses individuais, o que desperta a confiança dos particulares, agregando legitimidade à sua atividade.”.

Em termos práticos, como desdobre da segurança jurídica, difunde-se sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a proteção da boa-fé objetiva e da confiança legítima. O ordenamento jurídico protege os particulares dos danos que possam ser gerados pelo descompasso entre as condutas da Administração Pública e a confiança legítima por eles depositada. É da lição de Almiro Couto e Silva (2005, p. 3-5):

Conquanto a boa fé objetiva tenha um relevo maior no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de “deveres anexos” que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da “culpa in contrahendo”, da responsabilidade pré e pós negocial, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado.

Mas não só; sua influência estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado.

Este último princípio [da proteção da confiança] (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

No âmbito subjetivo do conceito de segurança jurídica, é protegida a confiança legítima e a boa-fé objetiva, que se desenrola pela noção de lisura e de lealdade. As relações de confiança somente serão legítimas – e por isso asseguradas – caso se expressem como expectativas próprias das relações íntegras e leais. Destaque-se que a proteção da boa-fé objetiva também socorre a Administração Pública diante de eventuais condutas particulares descorrelacionadas com as suas manifestações pretéritas. A deferência à boa-fé objetiva e à confiança legítima é reconhecida em tributo da segurança jurídica.

Dessa sorte, supondo-se um cenário nada impossível em Procedimento de Manifestação de Interesse, a proteção da boa-fé objetiva dos particulares obrigará a Administração Pública a motivar devidamente, com nível de aprofundamento ainda maior que nas decisões corriqueiras, caso se decida pela descontinuidade do projeto concessório ao final do procedimento colaborativo. Embora os particulares saibam que a licitação pública não é decorrência forçosa do Procedimento de Manifestação de Interesse, há uma expectativa, há uma confiança, há uma tendência legítima a acreditar que a Administração Pública promoverá o certame, que deriva do próprio lançamento do procedimento preparatório. Destarte, qualquer decisão contrária à licitação pública deverá ter fundamentos sólidos e adequados, sob pena de responsabilização civil pelos danos carreados aos participantes. Este tema é tratado com mais detalhes em tópico específico²⁰³.

5.1.4 As licitações públicas e o Procedimento de Manifestação de Interesse

²⁰³ Ver 5.1.4.3 *Do Procedimento de Manifestação de Interesse não se gera a obrigação de promover a licitação pública*

5.1.4.1 O Procedimento de Manifestação de Interesse não se confunde com o procedimento licitatório

O Procedimento de Manifestação de Interesse e as licitações públicas compartilham de algumas propriedades, como próprios os princípios e valores fundamentais, mas não podem ser confundidos.

As licitações públicas também se qualificam como um procedimento administrativo sujeito às regras de direito público, logo, seus preceitos podem servir como parâmetros indicativos para o Procedimento de Manifestação de Interesse. Contudo, as regras próprias da licitação pública não afetam necessariamente o procedimento preparatório.

As evidências das distinções entre procedimentos começam cedo: (i) a licitação pública não está vinculada formalmente ao Procedimento de Manifestação de Interesse, são procedimentos autônomos e não necessariamente dependentes. A vinculação formal haverá caso o procedimento preparatório seja bem sucedido e a Administração Pública extraia dele a modelagem final para a licitação pública. Dessa sorte, haverá um nítido vínculo material e formal entre os dois institutos, decorrente dos próprios procedimentos administrativos, que serão fundidos pela matéria e pela vinculação das decisões tomadas. Destaque-se que, por conseguinte, se houver direito de ressarcimento, a respectiva obrigação deverá ser destinada ao vencedor da licitação pública. Contudo, a reunião dos procedimentos administrativos não é forçosa, pois dependerá da decisão administrativa final que avaliará a pertinência do projeto ao interesse público. Por isso dizer que não existe, em princípio, uma vinculação formal e material entre os institutos; (ii) a licitação pública não é consequência inexorável do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois a Administração Pública pode concluir pela impertinência do projeto de concessão comum ou da parceria público-privada; (iii) ao contrário do procedimento licitatório, do Procedimento de Manifestação de Interesse não se adquirem direitos contra a Administração Pública; (iv) não há previsão de penalidades administrativas cabíveis contra participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse; (v) não há obrigatoriedade de se declarar um vencedor do Procedimento de Manifestação de Interesse e, mesmo assim, é possível que sejam aproveitados os estudos, inclusive de diferentes participantes.

Não obstante, algumas semelhanças entre os institutos são bem visíveis: (i) ambos são procedimentos administrativos que guardam espírito de competição entre os particulares interessados no objeto de uma contratação pública (no caso do Procedimento de Manifestação de Interesse, o interesse não necessariamente se traduz pelo ímpeto de assumir a prestação do objeto, pois pode verter a defesa de interesses comunitários, por exemplo); (ii) ambos se sujeitam às regras de direito público e, por isso, requerem a observância dos princípios administrativos, o cumprimento de formalidades, regras e prazos. Com mais destaque, ambos exigem transparência, isonomia, critérios objetivos de julgamento e motivação legítima das decisões; e (iii) ambos são instrumentos que visam à satisfação do interesse público pelo compartilhamento de interesses entre a Administração Pública e os particulares.

Em virtude desta proximidade finalística entre o Procedimento de Manifestação de Interesse e as licitações públicas, existem algumas peculiaridades jurídicas que demandam uma interpretação mais apurada do relacionamento entre ambos os institutos, as quais serão apresentadas nos próximos itens.

5.1.4.2 A elaboração de estudos e projetos para a modelagem da concessão pelos particulares interessados não requer licitação pública na modalidade concurso

A análise do Procedimento de Manifestação de Interesse e de sua correlação natural com procedimentos licitatórios atravessa uma importante questão levantada por Maurício Zockun (2012).

O autor teceu crítica severa à fundamentação jurídica do Procedimento de Manifestação de Interesse, sustentando que a melhor interpretação do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 requereria, na realidade, o lançamento de licitação pública na modalidade concurso. Ou seja, a autorização para os interessados a elaborar os estudos e projetos tendentes a modelagem das concessões não poderia ser desenvolvida sob procedimento administrativo distinto daquele previsto para objetos similares pela Lei Federal nº 8.666/1993.

O autor inicia a sua exposição comentando, o que antes também se sustentou, que o Procedimento de Manifestação de Interesse, na forma como é habitualmente empregado pela Administração Pública brasileira – outorgando-se as autorizações para a elaboração dos estudos *que compreendem o direito de ressarcimento aos particulares que tiverem o*

seu material empregado em prol da licitação pública –, é algo a mais do que mero instrumento cuja juridicidade pode ser deduzida do direito de petição e do direito de participação na Administração Pública. Acrescenta, também com já se declinou anteriormente, que a mera colaboração do particular em propósito da melhor tutela do interesse público prescindiria da autorização legal. Ainda, o que igualmente já se anotou, o autor indica que o direito de ressarcimento decorre do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e que, ao aceitar a colaboração de um interessado, a Administração Pública encontra-se obrigada a franquear a mesma oportunidade aos demais particulares. Concorde-se inteiramente com o que asseverou o autor.

Na sequência do seu raciocínio, contudo – a partir de onde se passa a discordar, embora com o devido e merecido respeito, sobretudo pela relevância da reflexão e pelo levante da questão –, Maurício Zockun (2012) apresenta o que seria um paradoxo resultante do direito de ressarcimento previsto pelo artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Leia-se:

[...] Ressarcir significa indenizar, reparar ou, ainda, compensar. Em uma apressada meditação, poder-se-ia imaginar que esse expediente não se presta à contraprestação do particular; destina-se, pelo contrário, a recompor o seu patrimônio, eis que esgarçado com os custos incorridos nos estudos empreendidos.

Mas essa visão parece incorrer em um paradoxo!

Afinal, se o estudo levado a efeito pelo particular supostamente atendeu em larga medida ao interesse público (posto que incorporado ao projeto básico e/ou executivo e, portanto, à minuta do edital), caso o particular denegue sua utilização pelo Estado, não restará alternativa ao poder público senão expropriar esse direito. Sucede que essa expropriação, para ser “justa” na dicção constitucional, deverá tomar em conta não apenas os custos incorridos pelo particular em sua feitura, mas também o “valor de mercado” desse “direito autoral”.

Logo, a expressão “ressarcir”, adotada pelo art. 21 da Lei 8.987, significa dizer recompor o direito transferido à Administração e utilizado pelo vencedor do certame. Essa recomposição se dará pelo “valor de mercado” do “direito autoral”

cedido, sob pena de ela ser constitucionalmente “injusta”.

Quarta – Se o particular selecionado terá “ressarcido” seu “direito autoral”, se o valor desse ressarcimento estará assinalado no edital e deve compor a proposta financeira vencedora, reverberando na fixação da tarifa, então a Administração deve instaurar processo seletivo capaz de legitimar a escolha por ela empreendida. Isso porque, o particular receberá contrapartida pela atividade desempenhada, o que exige um tratamento impessoal e eficiente em busca da satisfação do interesse público.

E, entre nós, os processos seletivos meritórios para escolha de projetos técnicos são realizados por meio de licitação, na modalidade concurso.

Quinta – E se isso prospera, a remuneração fixada ao vencedor desse concurso a título de prêmio que, por injunção lógica, deverá ser ressarcida por quem vencer a licitação destinada à concessão. Observe-se, contudo, que esse ressarcimento não será realizado em prol do particular (posto que ele será remunerado com o prêmio outorgado em concurso), mas à Administração (que incorreu no gasto relativo ao prêmio outorgado).

Dessas premissas resulta o fecho deste pensamento: o artigo 21 da Lei 8.987 exige prévia realização de licitação, na modalidade concurso, acaso se queira franquear aos particulares a possibilidade de isonomicamente elaborar, total ou parcialmente, projeto básico e/ou projeto executivo em licitações volvidas às concessões.

Em resumo, a conclusão apresentada pelo autor parte do pressuposto de que se o particular negar a entrega dos seus estudos e projetos à Administração Pública, se afeitos ao interesse público, a medida cabível seria a expropriação desse material, mediante a justa remuneração, que envolveria outros direitos outros (direitos autorais) que não somente o puro ressarcimento dos custos, ou seja, seria uma indenização integral, uma contraprestação. Disso resultaria o fato de que o particular contrairia o direito de recomposição patrimonial contra a Administração Pública – e não contra o vencedor da licitação pública. Para se obter esse direito contra a Administração Pública, o correto seria o lançamento de licitação pública na modalidade de concurso e não um

procedimento administrativo distinto (Procedimento de Manifestação de Interesse). Da crítica do autor se deduz outra conclusão: seria ilegal a promoção do Procedimento de Manifestação de Interesse que resultasse em direito de ressarcimento aos particulares, porquanto para que esse direito fosse gerado, seria necessário lançar licitação pública sob a modalidade concurso.

Todavia, não merece prosperar a conclusão de que o direito de ressarcimento previsto pelo artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 exige prévia realização de licitação pública na modalidade concurso. Não se sustentando essa conclusão, derroga-se também a dedução pela ilegalidade da realização de Procedimento de Manifestação de Interesse que preveja direito de ressarcimento pelos estudos efetivamente empregados na licitação pública dele decorrente.

Em primeiro lugar, embora não seja o argumento central, analise-se um aspecto do raciocínio inicial de que: (i) o particular poderia se negar a entregar os estudos à Administração Pública; (ii) isso geraria um cenário de desapropriação obrigatória; (iii) essa desapropriação seria seguida de indenização composta por um valor maior que o ressarcimento tradicional do Procedimento de Manifestação de Interesse, uma vez que incluiria os direitos autorais.

Em relação ao direito patrimonial autoral dos projetos, é necessário um esclarecimento. A participação dos particulares no Procedimento de Manifestação de Interesse exige a observância do artigo 111 da Lei Federal nº 8.666/1993, que veda o *recebimento* ou a contratação de projeto ou serviço técnico pela Administração Pública sem a respectiva cessão dos direitos patrimoniais autorais. Logo, não há que se falar em diferentes “ressarcimentos”, não há que se falar que somente num cenário de obrigatória desapropriação seriam embutidos os valores dos direitos autorais. Os direitos patrimoniais autorais deverão ser sempre cedidos, independentemente se o recebimento dos projetos for ou não por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse. E, como bem esclarece a legislação autoral, os direitos patrimoniais autorais são os únicos direitos que podem ser transferidos pelo autor, pois *pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou, sendo que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis*²⁰⁴. Concorde-se, portanto, que o ressarcimento “se dará pelo ‘valor de mercado’ do ‘direito autoral’ cedido, sob pena de ela ser constitucionalmente ‘injusta’” (ZOCKUN, 2012).

²⁰⁴ Respectivamente, artigo 22 e 27 da Lei Federal nº 9.610/1998.

Contudo, ao contrário do pressuposto que parte o autor, *o valor da cessão do direito patrimonial autoral não pode ser desconsiderada como componente do “direito de ressarcimento” originado por Procedimento de Manifestação de Interesse*. Pelo contrário, a cessão total dos direitos patrimoniais autorais *presume-se onerosa*²⁰⁵. Logo, conclui-se disso, no entanto, no mesmo sentido do autor, mas por diferentes meios, que o valor dos direitos patrimoniais autorais deve ser incluso no direito de ressarcimento previsto no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Todavia, esse direito remanesce mesmo pela via do Procedimento de Manifestação de Interesse. Entende-se que o direito patrimonial autoral está contido no conceito de ressarcimento e que, portanto, não se configura como contraprestação.

A conclusão parcial pela inaplicabilidade do raciocínio faz cair o argumento de que o particular poderia se negar a entregar os estudos para fazer valer os seus direitos patrimoniais autorais, visto que, de qualquer forma, eles devem ser considerados como inclusos no direito de ressarcimento pelo Procedimento de Manifestação de Interesse. Ou seja, não haveria uma tendência natural à negativa de entrega dos estudos em Procedimento de Manifestação de Interesse, pois não há perspectiva mais benéfica ao particular que seja exterior ao procedimento.

Com isso, também, não há mais por que se sustentar que a Administração Pública será a primeira responsável pela indenização dos estudos e projetos selecionados do participante, podendo-se manter o simples vínculo entre os dois particulares (o direito do particular A, que logrou êxito no Procedimento de Manifestação de Interesse, exigir o ressarcimento do particular B, que logrou êxito na licitação pública). E mais, mantendo-se essa relação entre particulares, enfraquece-se ou até anula-se o argumento de que a Administração Pública é quem arcará com os custos dos estudos, pelo que seria descabido pensar em licitação pública para exigir a vinculação dessa obrigação ao erário, como se dá pela modalidade concurso. Contudo, a conclusão parcial pode não invalidar inteiramente as próximas deduções do autor, pelo que é necessário avançar.

Adiante, o autor defende que se o particular terá ressarcido os seus direitos autorais pelo projeto – e efetivamente terá, mesmo em consequência direta e tão somente do próprio Procedimento de Manifestação de Interesse – e se o valor desse ressarcimento será vinculado ao edital e reverberará indiretamente na tarifa da concessão dos

²⁰⁵ Artigo 50 da Lei Federal nº 9.610/1998.

serviços públicos, “então a Administração Pública deve instaurar processo seletivo capaz de legitimar a escolha por ela empreendida.”. Complementa que “entre nós, os processos seletivos meritórios para escolha de projetos técnicos são realizados por meio de licitação, na modalidade concurso.” (ZOCKUN, 2012).

Aqui encontra-se o argumento central, o qual se toma a liberdade para apresentá-lo da seguinte forma: *se o particular terá direito a recomposição integral de seus custos, incluindo parcelas intangíveis, como o direito autoral, então não se trata de um mero ressarcimento, mas de um ressarcimento em sentido amplo, que se confunde com contraprestação, razão pela qual a escolha desse projeto deve ser promovida um processo seletivo legítimo, o qual se desvelaria na licitação pública sob a modalidade concurso.*

Este segundo raciocínio, no entanto, também não se sustenta. A leitura do mesmo artigo 111 da Lei Federal nº 8.666/1993 descarta a modalidade de concurso como a única forma de recebimento de projetos pela Administração Pública ou como o único processo seletivo para a escolha de projetos. Basta perceber que a parte final do dispositivo condiciona o recebimento desses projetos à possibilidade de que a Administração Pública possa “utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.”. Quando a legislação refere-se a *ajuste*, termo genérico, percebe-se que não está se referindo à licitação pública, tampouco, necessariamente, aludindo a *contrato*, como um ajuste decorrente de outro método de seleção do contratado. *Ajustes* podem ser outros instrumentos de aproximação entre Administração Pública e particulares não sujeitos à integralidade da Lei Federal nº 8.666/1993, conforme dicção unívoca do artigo 116 do mesmo diploma. O dispositivo vincula as disposições da Lei Federal nº 8.666/1993 aos *ajustes* e instrumentos congêneres apenas “no que couber”²⁰⁶.

A Administração Pública, então, está municiada de outras opções, de outros procedimentos, que não somente o concurso para se valer do recebimento de projetos.

O que se defende é que o Procedimento de Manifestação de Interesse se caracteriza como essa opção alternativa e se revela como mais eficaz para o propósito de estruturar as concessões do que a licitação

²⁰⁶ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

pública na modalidade concurso, muito por conta dos inúmeros motivos já detalhadamente apresentados no capítulo anterior, que defendem a provável ineficácia de se estruturar esses projetos pela via do concurso.

Há outro argumento que também refuta esta tese. A dicção do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, cuja hierarquia é equivalente à Lei Federal nº 8.666/1993, mas que deve ser interpretada com proeminência em matéria de concessões, seja pela especialidade, seja pela posterioridade, é manifestamente clara ao vincular o direito de ressarcimento à elaboração dos estudos por autorização. Donde se deduz que mesmo que não houvesse a previsão na Lei Federal nº 8.666/1993 que confere à Administração Pública outros meios para receber projetos, que não exclusivamente o concurso, a simples existência do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, posterior e específica sobre a Lei Federal nº 8.666/1993, seria suficiente para inaugurar um novo meio à disposição da Administração Pública. Aliás, não há como deixar de desconfiar que foi esse o justo propósito do referido dispositivo: assegurar à Administração Pública uma maneira de receber projetos concessórios por meio distinto da licitação pública. E o fato de que a seleção desse projeto não se dá por uma modalidade de licitação pública, mas por procedimento administrativo próprio, como é o Procedimento de Manifestação de Interesse, não significa que esse meio não é apto a prover “um tratamento impessoal e eficiente em busca da satisfação do interesse público” (ZOCKUN, 2012). A licitação pública na modalidade concurso não é o único procedimento legítimo para selecionar os projetos em rígida observância de todos os princípios de direito administrativo, sobretudo a isonomia, a transparência e a moralidade, que representam justamente o que é defendido com maior vigor no presente ensaio, como condicionantes para a legitimidade do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Dessa sorte, levando-se em conta que: (i) o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, que é mais específico e posterior à Lei Federal nº 8.666/1993, permite a autorização para que haja o ressarcimento pelo vencedor da licitação pública dos dispêndios correspondentes aos estudos elaborados e empregados na licitação pública; (ii) a Administração Pública tem o dever de promover procedimento administrativo isonômico e transparente para a seleção dos projetos, independentemente do procedimento eleito; (iii) o Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser promovido com a justa observância desses e de todos os princípios de direito administrativo, em consonância com a Constituição Federal; (iv) a legislação não impõe o concurso como única forma de levantamento desses projetos; (v) o Procedimento de Manifestação de

Interesse não gera obrigação pecuniária à Administração Pública, ou seja, o particular não adquire direitos exigíveis do poder concedente; e (vi) a existência de diferenças significativas entre o concurso e o Procedimento de Manifestação de Interesse, que enaltecem a maior eficácia desse em relação àquele para o fim colimado de estruturar as concessões comuns e parcerias público-privadas; conclui-se que: (a) do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 não se extrai a obrigatoriedade da promoção de licitação de concurso para a participação dos particulares na elaboração total ou parcial dos projetos que dão forma às licitações das concessões; (b) não há nada que vede a materialização da hipótese concebida pelo artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 por procedimento administrativo autônomo, ora denominado Procedimento de Manifestação de Interesse, desde que esse se observe com rigidez os princípios e os valores regentes da matéria; e (c) as potenciais vantagens que decorrem do uso do Procedimento de Manifestação de Interesse, expostas ao longo do capítulo anterior, resultam numa preferência teórica por este expediente em vez de licitação pública na modalidade concurso.

Destaque-se, por fim, em arremate, o artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009, que também confere juridicidade explícita ao Procedimento de Manifestação de Interesse.

Resta prejudicado, em conjunto, o entendimento final do autor de que o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 conduziria à conclusão de que a Administração Pública é quem deve ressarcir o particular pelos projetos (o que ocorreria após o concurso) e de que o vencedor da licitação pública deveria ressarcir, por sua vez, a Administração Pública.

Deveras, em que pese a discordância com a exposição do autor referenciado, o fundo dessa questão é relevantíssimo, porquanto se traduz também na preocupação de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja empregado de forma a burlar os propósitos da licitação pública.

Legalmente, sob o aspecto do direito positivo, não há burla. Contudo, é pertinente acentuar que a má elaboração do edital de solicitação de manifestação de interesse e a má condução do Procedimento de Manifestação de Interesse podem levá-lo a materializar meio que facilite a obtenção de vantagens que, em tese, reclamariam uma licitação pública.

É o que pode ocorrer quando o Procedimento de Manifestação de Interesse não é conduzido de forma transparente, isonômica ou proba. O desprestígio a esses valores pode transformar o Procedimento de Manifestação de Interesse em palco de ilicitudes. Por exemplo, se autoridade competente une-se em conluio com algum interessado, o

Procedimento de Manifestação de Interesse poderá ser empreendido com o prévio propósito de selecionar o seu projeto, independentemente de sua qualidade técnica, e, com isso, reconhecer direito de ressarcimento àquele particular. Isso se configuraria como uma grave ilicitude e uma maneira torta de aquisição de direitos²⁰⁷.

Todavia, nada impede que esse mesmo e hipotético conluio aconteça na licitação pública, pelo que não há como se considerar que a simples promoção da licitação pública para a aquisição de projetos irá diminuir o risco de ilicitudes. O que é imperativo, insista-se, é o respeito absoluto a uma regulamentação conforme os princípios e valores da Constituição Federal.

5.1.4.3 Do Procedimento de Manifestação de Interesse não se gera a obrigação de promover a licitação pública

O Procedimento de Manifestação de Interesse não pode ser compreendido como o início de um processo que redundará num contrato de concessão. O procedimento não confere qualquer vínculo formal obrigatório à Administração Pública. Imagine-se, por exemplo, um Procedimento de Manifestação de Interesse em que a conclusão aponte pela impossibilidade de se executar o objetivo perseguido, ou que, para o atendimento de determinada necessidade, seriam necessários investimentos que não encontram suporte no orçamento do ente público. Nesses casos, a Administração Pública não deverá promover o certame outrora pretendido, sem prejuízo da sujeição de sua decisão à devida motivação, em qualquer sentido dos juízos.

Do mesmo modo, o desenvolvimento de um Procedimento de Manifestação de Interesse também não é determinante para que haja vínculo material caso se decida em favor da licitação pública. Ou seja, mesmo em caso de continuidade do projeto, o edital licitatório poderá conter conteúdos outros que não exatamente aqueles apresentados pelos particulares. É justamente em razão da desvinculação formal e material entre os dois procedimentos que não há obrigação de que a Administração Pública realize o projeto concebido no procedimento preparatório. Leia-se o comentário de Oswaldo Lelis Tursi (2011):

²⁰⁷ O risco ora relatado foi apresentado com mais detalhes no tópico 4.2.5 *Risco de captura do interesse público no Procedimento de Manifestação de Interesse*.

De igual modo, o procedimento da manifestação de interesse pode ser iniciado pela Administração Pública mediante convocação de eventuais interessados via publicação de edital, em que serão fixadas as regras para a apresentação do projeto que possivelmente será utilizado. Diz-se possivelmente porque a Administração Pública não está obrigada a licitar o objeto do projeto, podendo utilizá-lo no todo ou em parte, segundo a conveniência administrativa. Da mesma forma, não gera direitos, muito menos privilégios, em favor daquele que elaborou ou financiou os projetos.

Recorde-se que os estudos e projetos são ofertados espontaneamente pelos particulares interessados, que não adquirem direito a ressarcimento por seus dispêndios – a não ser que sejam efetivamente empregados na modelagem e que haja previsão expressa no instrumento convocatório do procedimento²⁰⁸. Não há uma remuneração pela prestação de serviços ou qualquer de prêmio ou vantagem que possa ser adquirida para a licitação pública por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse. Os custos pela produção dos estudos, portanto, não são suportados diretamente pela Administração Pública.

Isso não quer dizer, no entanto, que a Administração Pública esteja imune a qualquer responsabilização em qualquer caso de desistência da licitação pública. A relação estabelecida entre a Administração Pública e os interessados é pautada pelo respeito à boa-fé objetiva de todos os envolvidos.

O lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse é um ato administrativo expressivo de uma inclinação à promoção da delegação de determinada utilidade pública. Nesse caso, o particular interessado, ao participar e oferecer estudos e projetos por sua conta, estabelece uma relação de confiança com a Administração Pública, pois acredita que, salvo em caso de fatos supervenientes justificadores, a licitação pública é a decorrência lógica desse processo. Esses fatos justificadores podem representar, por exemplo, a descoberta de que não o projeto não é sustentável tecnicamente, ambientalmente, juridicamente ou

²⁰⁸ A viabilidade de se promover Procedimento de Manifestação de Interesse sem a previsão de direito de ressarcimento é sustentada no tópico 5.4.8.1 *Procedimento de Manifestação de Interesse sem expectativa de direito de ressarcimento pelos dispêndios*.

financeiramente, ou, ainda, a superveniência da necessidade de se dar prioridade a outras políticas públicas, por motivos desconhecidos ou inexistentes à época do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Não se pode olvidar do que antes se apresentou como *sentido subjetivo da segurança jurídica*, relacionado com a *boa-fé objetiva* e com a *proteção da confiança legítima* depositada pelos administrados nos atos do poder público, que conferem aos particulares o direito de se exigir estabilidade, calculabilidade e previsibilidade a respeito dos comportamentos da Administração Pública (COUTO E SILVA, 2005; DI PIETRO, 2012a).

Ainda que o Procedimento de Manifestação de Interesse não resulte em contrato administrativo, qualifica-se como um acordo de colaboração. Daí decorre que sobre a sua condução irradiam-se os efeitos, inclusive, da responsabilidade civil pré-negocial, derivada da boa-fé objetiva, reconhecidamente extensível ao direito público (COUTO E SILVA, 2005, p.3). Por efeito, as condutas da Administração Pública diante do Procedimento de Manifestação de Interesse devem ser compatíveis com a lealdade e a ética que se espera em qualquer negociação. Conquanto o particular consinta com a possibilidade de não se lançar a licitação pública ao final do Procedimento de Manifestação de Interesse, a confiança legítima que deposita à Administração Pública é a de que caso os estudos e projetos alicercem um projeto benéfico para o interesse público, o certame será promovido.

A Administração pública não poderá simplesmente convocar os particulares ao Procedimento de Manifestação de Interesse e, sem justificativa adequada, ao final, decidir pelo não lançamento da licitação pública. Será necessário haver uma justificativa para quaisquer de seus comportamentos, seja pelo arquivamento do projeto ou pela proposição da licitação pública.

Em comentário a respeito da moderna concertação de interesses público-privados, aplicável ao Procedimento de Manifestação de Interesse, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 466) comenta que a Administração Pública adota uma “autêntica ‘política contratual’, que toma voluntariamente a forma duma verdadeira negociação”. Sucede que “esta negociação não conduz à conclusão de um verdadeiro contrato, ela serve unicamente para preparar o conteúdo de um acto emitido unilateralmente pelo Estado.”.

Por esse caráter de negociação e concertação de interesses é que se exige do ato administrativo decisório, pós Procedimento de Manifestação de Interesse, a sua motivação legítima. Sobremodo em caso de descontinuidade do projeto, pois a Administração Pública deve tributo à

boa-fé depositada pelos particulares interessados, que confiaram e atenderam à solicitação de manifestação de interesse, e, embora soubessem que a licitação pública não seria obrigatoriamente lançada, têm direito de exigir uma motivação adequada, sob pena de responsabilização pelos danos causados pela conduta contraditória.

Veja-se que é da essência do direito administrativo moderno o reconhecimento ao particular do direito subjetivo de demandar da Administração Pública os fundamentos de fato e de direito de suas ações, mesmo daquelas um pouco mais discricionárias, como o desenvolvimento de uma licitação pública. Em favor dessa reclamação por legitimidade material dos atos administrativos, Juarez Freitas (2009, p. 16) sustenta que o direito administrativo deve converter-se em “*direito da motivação consistente e do controle principialista e fundamentado das decisões estatais*”.

Como bem pondera Bruno Ramos Pereira (2011, p. 16), a Administração Pública *tende a deslegitimar* o Procedimento de Manifestação de Interesse “quando, de posse dos estudos, simplesmente decide não levar o projeto adiante.”. Em atenção ao risco de ineficácia do procedimento, que acarreta expressivos prejuízos aos particulares, o autor sugere que haja uma avaliação a respeito da adequabilidade de uma eventual garantia total ou parcial de ressarcimento pelos dispêndios nos casos em que, não obstante tenham sido apresentados estudos a contento, o projeto não foi levado adiante por motivações políticas. Embora atualmente não haja suporte legal para se reconhecer esse hipotético direito aos particulares, a preocupação, por si, demonstra o quão relevante se denota a confiança entre a Administração Pública e os particulares para o bom sucesso do Procedimento de Manifestação de Interesse.

5.1.4.4 Os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse podem concorrer na eventual licitação pública que dele decorrer

Em contraposição com o que ocorre nas licitações públicas comuns, regidas exclusivamente pela Lei Federal nº 8.666/1993, as licitações públicas que se destinam às delegações de utilidades públicas não vedam a participação dos particulares responsáveis pelos estudos e projetos que lhes deram forma. Ou seja, é franqueada a concorrência na licitação pública aos participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse. Aliás, no tocante aos interessados em empreender a concessão, é justamente a possibilidade de participar na licitação pública que

incentiva a maior participação e a maior competitividade entre os particulares no procedimento preparatório.

A permissão é resultante do artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995, aplicável também às parcerias público-privadas²⁰⁹; em sentido diametralmente contrário ao artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993²¹⁰.

A questão é das mais relevantes para a abrangência do objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse. É justamente por isso que o instituto tem aplicabilidade mais restrita às concessões comuns e às parcerias público-privadas. Caso a Lei Federal nº 8.666/1993 concedesse a mesma liberdade aos licitantes, o Procedimento de Manifestação de Interesse poderia ser pensado também para as licitações públicas comuns, que igualmente, por vezes, possuem objetos complexos.

Tal peculiaridade, como já visto, representa uma das essenciais distinções entre as contratações comuns e as contratações de concessões comuns e de parcerias público-privadas.

O regime distinto para as concessões comuns e parcerias público-privadas, por permitir que os autores dos estudos e projetos preparatórios participem da licitação pública, privilegia a competitividade do certame em detrimento da segurança que a vedação prestaria à moralidade. O artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 orienta-se pela segurança de um procedimento probo em detrimento da competitividade. É o que comenta Rafael Wallbach Schwind (2005, p. 302):

Não se pode afirmar que o dispositivo em questão cria uma presunção de fraude, mas é plenamente possível sustentar que a previsão resulta da

²⁰⁹ Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

²¹⁰ Lei Federal nº 8.666/1993

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. [...]

preocupação com o direcionamento do certame em favor do autor do projeto.

A discussão apresentada guarda correlação com o Procedimento de Manifestação de Interesse. Os participantes do procedimento preparatório das delegações de utilidades públicas não estão sujeitos à disposição proibitiva de participação no certame. Independentemente de quais forem os estudos originados e empregados em consequência do Procedimento de Manifestação de Interesse, os autores ou economicamente responsáveis estão livres para participar da licitação pública. Isto é válido mesmo para outros estudos que não o projeto básico ou o projeto executivo, até porque, como já explicado, a lógica das parcerias público-privadas é conceder ao parceiro privado, contratado, a responsabilidade por esses projetos.

Quer se ressaltar, com o apoio do *topos*²¹¹ “*quem pode mais, pode menos*”, que apesar de o permissivo legal da Lei Federal nº 9.074/1995 ter referenciado apenas o *projeto básico* e o *projeto executivo*, a mesma tolerância se aplica aos particulares responsáveis pelos demais estudos apresentados e requeridos em etapas prévias, como os estudos de viabilidade técnica, jurídica, financeira e de engenharia, o anteprojeto, os elementos básicos ou o simples termo de referência. Interpretações contrárias seria incoerente com o propósito do dispositivo.

O reconhecimento do Poder Judiciário sobre esta peculiaridade pode ser identificada a partir da decisão exarada no âmbito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, em ação movida pelo Ministério Público estadual que visa à anulação da licitação pública para a concessão do Estádio do Maracanã. O argumento de que os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse não poderiam participar da respectiva licitação pública foi levantado pelo Ministério Público. Sobre este aspecto, a decisão em caráter liminar registrou o seguinte:

[...] Isto porque, a depender da capacidade técnica e operacional do Estado, os grandes projetos não teriam qualquer viabilidade, razão pela qual se

²¹¹ “Os conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico não são formalmente rigorosos nem podem ser formulados na forma de axiomas lógicos, mas são topoi da argumentação. A expressão *topos* significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecimento da força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas.” (VIEHWEG, 1979, p. 4)

permite que os particulares, interessados em subsidiar o Estado com elementos necessários à estruturação de modelagem de determinado negócio, elaborem todos os estudos necessários e apresentem, ao final, ao Estado, todo o material produzido que, por sua vez, analisando os mesmos e adotando aquilo que entender como de interesse público, elabore o modelo de negócios e o Edital de Licitação com todos os seus anexos. O particular que venha a participar desse procedimento de fornecimento de subsídios ao Estado, além de ser ressarcido pelo vencedor do certame público que venha a ser instaurado com base em seus estudos, poderá participar do mesmo, sem que incida, na hipótese, o comando do artigo 9º, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Perceba-se que este precedente atestou a legalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse e afastou a incidência do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993. Embora não haja sido indicado, a permissão para a participação é válida em razão do artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995.

5.1.4.5 O Procedimento de Manifestação de Interesse e a participação de particulares na estruturação de projetos básicos em licitações públicas comuns

Destaque-se que embora não haja viabilidade de se promover o Procedimento de Manifestação de Interesse em licitações públicas comuns, em virtude do mencionado artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993, esta questão merece maiores ponderações.

Repare-se bem no referido artigo que a vedação não se resume aos projetos básicos e projetos executivos de *obras*. A proibição envolve também os projetos básicos para a prestação de *serviços* e para o *fornecimento de bens*.

Aqui é necessário um parênteses. Como bem percebido e explicado por Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 259-260), é comum que os editais de serviços e fornecimento de bens não sejam acompanhados de *projeto básico* intitulado por *projeto básico*. Em vez disso, anexa-se um *termo de referência*. Em outras palavras, o termo de referência é empregado

“como se ele fosse espécie de projeto básico resumido, anexando-o ao instrumento convocatório como parte integrante dele, veiculando as especificações do objeto.”. O simples fato de que a nomenclatura *termo de referência* é utilizada em substituição de *projeto básico* não desfigura o documento tal qual ele é para Lei Federal nº 8.666/1993. Ou seja, nessas licitações de prestação de serviços e fornecimento de bens em que se nomeia o documento anexo que guiará os licitantes como termo de referência, esse documento será, para todos os efeitos, o projeto básico.

Daí que é *prática comum* na Administração Pública que os agentes públicos busquem referências e informações técnicas no mercado para a composição desses documentos. Não raramente, em virtude da complexidade do objeto a ser licitado, os agentes públicos consultam os fabricantes e fornecedores a fim de coletar informações para prover o processo licitatório. É assim que muitas vezes é viabilizada a aquisição dos materiais e serviços mais adequados à satisfação dos interesses da Administração Pública. É dizer que muitas vezes esse diálogo prévio com os particulares, diante das especificidades do objeto a ser licitado, é determinante para a elaboração do edital.

Sucedendo que tal procedimento não está previsto na legislação brasileira. Por vezes é realizado de maneira absolutamente informal, por outras é empreendido com alguma formalidade. É comum encontrar casos em que se promoveu procedimento denominado *Request for Information – RFI*, em que a Administração Pública estabelece alguns requisitos e envia um questionário a fornecedores previamente identificados como potenciais licitantes com o objetivo de obter especificações sobre as possíveis soluções para tal necessidade. Promove-se, em consequência disso, uma licitação pública ou até uma contratação direta.

Veja-se, como exemplo desse procedimento, o *Request for Information – RFI* promovido pelo Banco do Nordeste para “conhecer a oferta no mercado para atendimento à necessidade do Banco em adquirir solução tecnológica para planejamento, execução e acompanhamento dos trabalhos da Área de Auditoria²¹²” e outro lançado pelo Banco do Brasil para que “empresas apresentem solução para gestão e controle do

²¹² Disponível em:

http://www.bancodonordeste.gov.br/content/aplicacao/fornecedores/audiencias_publicas/docs/rfi__auditoria_escl_ii.pdf Acesso em: 13 mar. 2013.

processo de originação e condução do programa de voluntariado desenvolvido pelo Banco do Brasil.²¹³

A grande questão é que esses potenciais fornecedores efetivamente participam das licitações públicas e podem ser contratados. Esta espécie de procedimento administrativo não encontra barreiras nos tribunais. Pelo contrário, basta perquirir, por exemplo, os Acórdãos nº 279/2001 e nº 1959/2007, ambos do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Muito embora não se possa sustentar que esses particulares sejam os autores propriamente ditos do projeto básico, pois não assinaram e não compuseram o documento, é inegável que exerceram influência decisiva sobre o seu conteúdo. Logo, a vedação do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 tornou-se inócua diante desses casos.

Cumpra notar que procedimentos como o *Request for Information-RFI* pertencem ao mesmo gênero que o Procedimento de Manifestação de Interesse. É exemplo de que generalizações abstratas da lei acabam derogadas pela criatividade da prática administrativa e, nem por isso, são destoadas de legalidade – ou contrárias à moralidade, à transparência e à isonomia.

Defende-se com ênfase neste estudo que o momento anterior à licitação pública, em que são elaborados os documentos que resultarão no lançamento do certame, é de relevância máxima para o bom sucesso do contrato administrativo. Não é mais possível sonegar que a preparação das licitações públicas envolve necessariamente, para o seu bom êxito, o diálogo entre a Administração Pública e os particulares. Como corolário disso, em respeito aos princípios de direito administrativo, é necessário que se estabeleça procedimentos formais regulamentados para esse relacionamento. É momento para se cogitar, também em obséquio das licitações públicas tradicionais, meios para que se institucionalize e se dê segurança ao que informalmente é prática comum e necessária à função administrativa.

Em concessões e parcerias público-privadas, o Procedimento de Manifestação de Interesse cumpre essa função. Nas licitações comuns, há uma tremenda insegurança envolvendo esse diálogo, sobremaneira em virtude do risco de acusação de improbidade administrativa e, em igual medida, o risco de que o agente público usurpe o interesse público para beneficiar interesse particular escuso. Sublinhe-se que não há como negar

²¹³ Disponível em:

<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/especrfiditec.pdf> Acesso em: 13 mar. 2013

a necessidade e a inevitabilidade desse diálogo, razão pela qual, então, a maneira para se conferir segurança aos interesses envolvidos nesses relacionamentos público-privados é enveredar para a sua institucionalização.

5.1.5 Evitando uma possível confusão conceitual: a Manifestação de Interesse (MI) como procedimento de contratação de especialistas

Não é raro encontrar casos em que a Administração Pública lança edital, sob a nomenclatura de *Manifestação de Interesse (MI)*, visando à contratação de especialista na prestação de determinado serviço técnico²¹⁴. Esse procedimento não tem relação com o Procedimento de Manifestação de Interesse ora versado.

Por meio do edital de Manifestação de Interesse (MI), procura-se a contratação de um profissional. A seleção costuma se dar mediante a análise curricular e de trabalhos anteriormente desenvolvidos, podendo envolver também a aplicação de prova seletiva.

Como se pode notar, esse procedimento não guarda qualquer correlação com o Procedimento de Manifestação de Interesse. Não é procedimento de preparação à contratação, mas de contratação propriamente dita. Também não é procedimento aberto a quaisquer

²¹⁴ Como exemplos:

- (i) Manifestação de Interesse MI 02/2012 promovida pelo Ministério da Defesa para a contratação de especialista para a prestação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na área de engenharia rodoviária, disponível em: http://www.4becnst.eb.mil.br/manifesta_interess.pdf Acesso em: 13 mar. 2013;
- (ii) Solicitação de Manifestação de Interesse promovida pelo Estado do Rio Grande do Sul, via Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, para seleção de consultor individual especialista em recursos humanos na área de educação. Disponível em: <http://www.seplag.rs.gov.br/upload/SMISEDUCProcessosFluxos.pdf> Acesso em 13 mar. 2013;
- (iii) Manifestação de Interesse – MI 01/2011 promovida pelo Tribunal de Contas da União para a seleção de especialistas para realização de mapeamentos dos principais processos contábeis do Sistema Federal de Contabilidade Federal. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos_tcu/licitacoes/detalhes/MI%2001-2011%20-%20Mapeamento%20Proc%20%20Cont%C3%A1beis.pdf Acesso em: 13 mar. 2013.

interessados em elaborar estudos para uma delegação de utilidade pública, mas para particulares qualificados e interessados em prestar determinado serviço. Bem na verdade, esta Manifestação de Interesse (MI) equivale a uma modalidade de licitação pública, embora não esteja prevista em sua lei regente. Leia-se o relato e o comentário de José Calasans Júnior (2012)

A outra sistemática pouco convencional, que vem sendo utilizada inclusive pelo Tribunal de Contas da União para contratação de “especialistas”, é a denominada manifestação de interesse (MI). De acordo com os “editais” dessa manifestação de interesse, o critério de seleção do especialista a ser contratado consiste na análise curricular.

Salta aos olhos que essas “modalidades” de procedimento se revelam inadequadas como forma de seleção de prestadores de serviços ao Poder Público, por três razões fundamentais. Primeiro, porque não integram o elenco indicado no art. 22 de Lei nº 8.666/93, que, como dito acima, é taxativo e não comporta ampliação. Depois, tanto no credenciamento como na manifestação de interesse, elimina-se a característica fundamental da licitação – que é a competição entre os diversos interessados, com vista à obtenção da condição mais vantajosa para a Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 3º).

Sem adentrar o mérito da crítica aduzida pelo autor, por fugir ao escopo do presente, considerou-se adequado expor a peculiaridade desse instituto para evitar eventual confusão de seu conceito com o *Procedimento de Manifestação de Interesse*. O risco de confusão que ora se evita, acresça-se, poderia advir do fato de que comumente esse procedimento é empregado para a contratação de especialistas em estruturação de projetos de concessão comum ou de parceria público-privada, cujos recursos são vinculados a acordos de cooperação técnica financiados por entidades internacionais²¹⁵.

²¹⁵ Como exemplo: Manifestação de Interesse Nº 3351/2009, para a contratação de serviços de consultoria para desenvolvimento de modelagens com vistas à estruturação de projetos de parceria público-privada (PPP) no setor portuário, pelo governo federal.

http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/editais/arquivos_down/manifestacao_3351_1.pdf Acesso em: 23 mar. 2013

5.2 A INFLUÊNCIA ESTRANGEIRA SOBRE A ORIGEM DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Estado brasileiro não foi o primeiro a buscar na cooperação com o particular um instrumento para elaborar projetos, especialmente os mais complexos. Como é recorrente aos institutos de direito administrativo no Brasil (TÁCITO, 1997, p.13), a origem do Procedimento de Manifestação de Interesse está vinculada a influências teóricas e práticas estrangeiras²¹⁶. Especificamente, o instituto encontra inspiração e maior similitude com o procedimento denominado por *Expressions of Interest (EOI)*, de onde se traduziu a expressão para língua portuguesa. São dignos de destaque, também, como análogos e determinantes para o desenvolvimento do instituto brasileiro, os procedimentos intitulados por *Diálogo Concorrencial* e por *Unsolicited Proposals*.

Todos esses institutos qualificam-se como procedimentos administrativos de colaboração entre a Administração Pública e os particulares em busca de melhores projetos para as utilidades públicas, representando as balizas que guiaram o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse no Brasil.

Assim como o instituto brasileiro, o *Expression of Interest (EOI)* também é instrumento para elaboração conjunta de projetos de parceria público-privada relacionados com a delegação de serviços públicos e obras de infraestrutura. A sua existência é conhecida em variados países,

²¹⁶ Como era de se esperar, naturalmente, vez que as próprias concessões e as parcerias público-privadas também aportaram no ordenamento jurídico brasileiro pela via estrangeira (OLIVEIRA, p.81-82).

como Reino Unido²¹⁷, Estados Unidos da América²¹⁸, Canadá²¹⁹, Índia²²⁰, Hong Kong²²¹, entre outros²²².

²¹⁷ O *Expressions of Interest (EOI)* é considerado por Paul A. Bowen e Peter J Edwards (2005, p. 159) como um instrumento típico do desenvolvimento pré-contrato nos projetos de parceria público-privada no Reino Unido.

²¹⁸ Por exemplo, em 2006, o órgão responsável pelo trânsito metropolitano de Washington lançou o *Expressions of Interest (EOI)* com o objetivo de receber projetos de parceria público-privada para promover melhorias no sistema de comunicação, incluindo infraestrutura para desenvolver e implementar publicidade em vídeo em tempo real, sistema de informações aos passageiros e sistema de alerta de segurança (TRANSITE COOPERATIVE RESEARCH PROGRAM, 2011, p. 82). Em 2007, o governo da *Pennsylvania* promoveu procedimento preparatório com vistas a projeto do sistema de trânsito local (NATIONAL COOPERATIVE HIGHWAY RESEARCH PROGRAM, 2008, p. 27). Também se obteve acesso a um guia elaborado pela *United States Environmental Protection Agency*, em 1990, destinado a governantes locais, em que o *Expressions of Interest (EOI)* é incentivado como forma de obter sugestões construtivas para a parceria público-privada. (UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 1990, p. 12)

²¹⁹ A *Confederation bridge*, ponte com 13,5km localizada no leste do Canadá, foi construída a partir de parceria público-privada precedida de *Expressions of Interest (EOI)*. Do mesmo modo, o *Pearson International Airport*, aeroporto internacional de Toronto, Canadá. (DANIELS e TREBILCOCK, 2000, p. 95-96)

²²⁰ Encontrou-se na obra referenciada uma sugestão de *Expressions of Interest (EOI)* para promover um projeto de “poluição zero” numa cidade da Índia (Imphal), em parceria público-privada, que incluiria a coleta de lixo, o fornecimento de lavatórios públicos e bebedouros na forma de “pague e use” e o tratamento de efluentes lançados aos córregos e rios. (NAOCHA, 2012, p. 204)

²²¹ O lançamento deste *Expressions of Interest (EOI)*, em março de 2013, visa a encorajar a iniciativa privada a desenvolver em parceria público-privada um complexo poliesportivo em Hong Kong. Disponível em: <http://www.info.gov.hk/gia/general/201303/01/P201303010498.htm> Acesso em: 11 mar. 2013.

²²² Veja-se, por exemplo, na Ilha Maurício: a solicitação de manifestação de interesse para o *Expressions of Interest (EOI)*, de fevereiro de 2013, pretendeu encontrar potenciais interessados em projeto de aluguel de obra na região de Port Louis, a utilizada pela Administração Pública da Ilha Maurício. Disponível em: <http://mof.gov.mu/English/DOCUMENTS/EOIRENTINGOFFICESPACE.PDF> Acesso em: 11 mar. 2013.

Na União Africana, tem-se como exemplo o *Expressions of Interest (EOI)* lançado em outubro de 2012, que buscava organizações e instituições que

O *Expressions of Interest (EOI)*, dentre os institutos mencionados, representa o procedimento que mais guarda semelhanças com o Procedimento de Manifestação de Interesse. Ambos são promovidos pela Administração Pública em etapa anterior à definição do projeto de parceria público-privada, com o propósito de receber soluções da iniciativa privada, que irão modelar o projeto definitivo para o posterior lançamento da licitação pública.

O *Diálogo Concorrencial*, adotado pelo Reino Unido²²³ e pelos países da União Europeia após a Diretiva Comunitária nº 2004/18/CE, também é instituto de direito público similar e que inspira o Procedimento de Manifestação de Interesse. O *Diálogo concorrencial* consiste na condução de um diálogo entre a Administração Pública e os particulares interessados em desenvolver soluções aptas a responder necessidades identificadas pelo ente público por meio de contratos com projetos complexos. Com base nas eventuais soluções apresentadas, a Administração Pública seleciona dentre esses participantes os que serão convidados a apresentar uma proposta sobre o projeto definitivo.

Admite-se o *Diálogo Concorrencial* quando o contrato público a ser celebrado se revelar particularmente complexo, impossibilitando a adoção de concurso de projetos (TAVARES DA SILVA, 2010, p. 66). A grande diferença para com o Procedimento de Manifestação de Interesse é a vinculação existente entre a etapa de apresentação dos projetos e a etapa de apresentação de propostas. Apenas os participantes selecionados do *Diálogo Concorrencial* é que participam da licitação pública. Além disso, o procedimento não se restringe a projetos de parcerias público-privadas. (TEIXEIRA, 2010, p. 6)

O instituto *Unsolicited Proposals*²²⁴, por sua vez, é bastante semelhante ao Procedimento de Manifestação de Interesse e ao

pudessem oferecer projetos de educação e capacitação para a redução do risco de desastres na África. Disponível em: <http://rea.au.int/en/content/invitation-expressions-interest-leading-organizations-and-institutions-participating-disaste> Acesso em: 11 mar. 2013.

²²³ O procedimento está previsto no Regulamento de Contratos Públicos do Reino Unido (*The Public Contracts Regulations*, 2006). Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/5/regulation/18/made> Acessp em 11 mar. 2013

²²⁴ Do mesmo modo, tem-se notícia de sua utilização em diversos países, como África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Costa Rica, Estados Unidos da América, Filipinas, Índia, Indonésia, Sri Lanka, Taiwan. (DELLACHA e HODGES, 2007)

Expressions of Interest (EOI), diferenciando-se pelo fato de que a manifestação de interesse é apresentada prévia e diretamente pelo particular, que provoca a Administração Pública, que se mantinha inerte até então, a se manifestar sobre a sua proposta de parceria público-privada, visando à solução de alguma necessidade pública.

Além disso, é comum que se confira vantagem formal para o particular que teve os seus estudos e projetos selecionados, como a possibilidade de cobrir a melhor proposta na licitação pública (sistema denominado *Swiss Challenge System*, empregado em países como Filipinas, Itália, Taiwan) ou bonificação prévia para a nota a ser atribuída à proposta técnica ou comercial (Chile e Coreia do Sul, por exemplo), ou ainda, ambos os benefícios (Argentina) (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 7-8).

No Brasil, é comum verificar casos em que o *Unsolicited Proposals* recebeu a denominação de “Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP” ou a tradução de “Propostas Não Solicitadas – PNS”, que igualmente representam meios de apresentação, espontânea e prévia a qualquer solicitação, de estudos e projetos de parcerias público-privadas, e que podem dar origem a um Procedimento de Manifestação de Interesse, como se apresentará mais adiante. Não há, contudo, qualquer vantagem formal na licitação pública para os participantes do procedimento brasileiro.

A propósito, como já dito no início deste ensaio, o Procedimento de Manifestação de Interesse está em *processo de formação* no Brasil, pelo que, naturalmente, encontra-se mais sensível a influências externas.

Em suma, o ponto comum entre todos esses procedimentos é a aproximação entre a Administração Pública e o particular, em momento prévio à definição de um projeto complexo de prestação de utilidades públicas, que resulta na possibilidade de o particular contribuir com sua experiência técnica para a modelagem da contratação pública.

5.3 PROJETOS DE LEI DE REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Supõe-se que a eventual regulamentação por normas gerais inscritas na legislação federal propositará maior propagação e maior uniformidade ao Procedimento de Manifestação de Interesse e, com isso, maior segurança aos agentes públicos e particulares interessados no instituto. Embora a regulamentação pelo Poder Executivo de cada ente federativo represente meio de se adequar o instituto às realidades locais,

necessário reconhecer que não é da tradição jurídica brasileira contar com institutos de direito administrativo não regulamentados expressamente em lei²²⁵. Como consequência, a ausência de lei que disponha sobre suas normas gerais desfavorece a maturação teórica do Procedimento de Manifestação de Interesse, que se torna menos conhecido das academias, menos conhecido dos tribunais, menos conhecido da população. Novas leis que estabelecem novos institutos são seguidas frequentemente de um sem número de obras doutrinárias e da ampla divulgação pelos meios de comunicação. É crível supor que seja assim que os institutos de direito administrativo se espriam melhor pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela sociedade, que pode dele melhor conhecer e, então, se valer de seu propósito para os seus próprios interesses.

A positivação em lei também pode trazer consigo maiores esclarecimentos e maior segurança jurídica à condução dos Procedimentos de Manifestação de Interesse. É que podem ser registradas normas vinculantes de cunho procedimental, uniformizadoras de seu regime jurídico, ou ainda, diretrizes fundamentais, o que assegurará, a uma só vez, mecanismos de segurança e de defesa dos interesses dos particulares envolvidos e dos agentes públicos promovedores. Embora se alerte que os procedimentos administrativos não devem ser regulamentados de forma exaustiva e rígida, e sim estabelecer um *quadro mínimo legal*, evitando-se um *positivismo codificador* (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 355).

Por lei, também, caso conveniente, será possível estabelecer novos direitos aos participantes, em vistas do bom sucesso do procedimento. Em resumo, com a segurança e com a ampla publicidade de uma lei, ao que tudo indica, haveria, no Brasil de hoje, maior probabilidade de êxito nos interesses da Administração Pública, dos particulares empreendedores e dos particulares usuários com o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Como apontado, atualmente inexistente lei em sentido estrito, em âmbito federal, que prescreva especificadamente as normas aplicáveis ao

²²⁵ Embora essa peculiaridade não tenha se incorporado à tradição jurídica brasileira, León Duguit relata que o costume era uma fonte considerável do direito administrativo francês (2009, p. 94): “Há uma dimensão do direito público, chamada direito administrativo, em que é considerável a zona de direito comprovada pelo costume e em que o fator essencial de formação consuetudinária é a jurisprudência, particularmente a referente ao nosso conselho de Estado.”.

Procedimento de Manifestação de Interesse. Nada obstante, existem dois projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados e que versam sobre o assunto.

O primeiro deles é o Projeto de Lei nº 7.067/2010, que pretende estabelecer o regramento geral do instituto. O outro é o Projeto de Lei nº 2.892/2011, que pretende adicionar o regramento da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)²²⁶ no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, especialmente porque o Decreto Federal nº 5.977/2006, que hoje regulamenta a matéria no âmbito da União Federal, veda a sua prática.

O Projeto de Lei nº 7.067, de autoria do deputado federal Cândido Vaccarezza, propõe a criação de lei específica para regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Alguns pontos positivos desse Projeto merecem destaque. É previsto que os estudos e projetos podem subsidiar qualquer modalidade de parceria por meio de contrato de concessão, incluindo, além das parcerias público-privadas, o que denomina genericamente por “arranjo societário público-privado ou outra modalidade de associação público-privada”. Percebe-se uma notável amplitude, em tributo ao que antes se defendeu como adequado, especialmente em comparação com o Decreto Federal nº 5.977/2006, que restringe a sua aplicação às parcerias público-privadas propriamente ditas. Outro ponto positivo representante de uma dilatação sobre o regulamentação federal atual é notada a partir da admissão de que o procedimento seja provocado pelo particular, o que se denomina neste estudo por Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e por Propostas Não Solicitadas (PNS).

Destaque-se que tal Projeto não intitula o procedimento, apenas nomeia o instrumento convocatório como *Edital de Manifestação de Interesse Privado (MIP)*. Em nenhum momento há referência ao termo *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Embora não seja questão da maior relevância, entende-se que o Projeto poderia consolidar uma nomenclatura, seja a ora adotada – por sua pertinência em representar com segurança a prática do procedimento hoje existente no Brasil, bem como se manifestar como o nome comum empregado pela maior parte dos Estados que possuem decretos regulamentares sobre o instituto – seja um novo prenome, para que, em qualquer dos casos, se conceda maior materialidade ao instituto.

²²⁶ O instituto é comentado no tópico 5.4.5. *A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e as Propostas Não Solicitadas (PNS)*

O Projeto de Lei nº 7.067 também estabelece o limite de ressarcimento em três por cento do valor total estimado das despesas, inversões financeiras e investimentos necessários à consecução do empreendimento. Prevê também a existência de uma *Comissão Julgadora*, que seria competente para a avaliação e seleção dos estudos, conforme os critérios também estabelecidos.

Alguns pontos negativos também merecem apontamento destacado. Em primeiro lugar, o que é inadmissível, o Projeto prevê a obrigatoriedade de publicidade somente pela via do Diário Oficial, deixando a publicação na rede mundial de computadores e em jornais de ampla circulação à conveniência da Administração Pública. Como já versado, a ampla publicidade na rede mundial de computadores é um dos fatores essenciais ao bom sucesso do procedimento.

É proposto também que a Administração Pública possa exigir garantia de performance pelo interessado, em valor a ser por ela determinado. Embora haja registros de prática similar no estrangeiro²²⁷, a cobrança seria impertinente, pois reduziria do Procedimento de Manifestação de Interesse o caráter democrático participativo cujo potencial hoje mantém. Provocaria também um novo risco a ser suportado pelo particular, que poderia ficar à mercê de juízo político para resgatar a garantia depositada, o que se traduz em desincentivo à maior participação.

Além disso, é proposto o direito ao particular autorizado de realizar estudos, projetos, levantamentos e investigações *em imóveis de posse de terceiros*, desde que sejam relacionados ao projeto. Ou seja, os *possuidores de imóveis*²²⁸, quaisquer, relacionados ao objeto do projeto seriam obrigados a permitir a realização dos estudos no interior de seus imóveis. Antes de adentrar o imóvel alheio, porém, é previsto que o particular interessado deverá depositar valor de caução, a ser retirado em sessenta dias *caso nenhuma ação judicial indenizatória tenha sido proposta cujo objeto tenha relação com o imóvel*. Afora os pecados

²²⁷ Giogina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. 16) dão notícia de que países como Argentina, Chile e Costa Rica requerem garantia da proposta (*bid bond*) a ser calculada sobre o valor estimado do projeto, embora a prática não seja comum. Caso fosse adotada no Brasil, a *garantia da proposta* seria mais adequada do que a *garantia de performance*, que é prevista no projeto, tendo em vista que o seu desígnio é resguardar a Administração da possível desistência de entrega dos projetos, e não de sua má elaboração, haja vista não haver contrato.

²²⁸ Trata-se do artigo 17 do Projeto de Lei nº 7.067/2010 e parece haver dubiedade em sua redação. O dispositivo se refere aos “possuidores de imóveis”. Ao que tudo indica, tinha o propósito de indicar os “proprietários de imóveis”.

redacionais, o dispositivo é verdadeiramente esdrúxulo sob a perspectiva jurídica, sobretudo pela relativização reducionista do direito à propriedade por meio de um ato administrativo sem qualquer participação ou presciência do possuidor (*ou proprietário*), pelo que dispensa maiores comentários de repúdio.

Outra questão diz respeito ao estabelecimento de conteúdos mínimos que devem conter o material apresentado pelo particular, como, por exemplo, estudo preliminar de impacto ambiental e social e, quando houver obra, o projeto ou anteprojeto detalhado com planilha quantitativa e orçamentária. Também é impertinente se exigir apenas pacotes completos de estudos e projetos, o que inibe, por exemplo, a participação de especialistas e consultores independentes especializados em uma única área científica, bem como dificulta de maneira geral a participação dos interessados, em especial aqueles que não detém grande capacidade econômica. Seria mais pertinente que a legislação permitisse também o aceite de estudos parciais pela Administração Pública, que decidiria, como hoje o faz, caso a caso a respeito da essencialidade do recebimento de um projeto completo. Em aparente contrassenso, o Projeto estabelece que serão selecionados um projeto, estudo, levantamento ou investigação em cada categoria requerida, o que significa que, segundo o previsto, *a Administração Pública poderá se valer parcialmente dos estudos e projetos apresentados, embora o particular não possa oferecer estudos e projetos parciais*.

O Projeto de Lei nº 7.067 recebeu três propostas de emendas apresentadas pelo deputado federal Beto Albuquerque. O objetivo foi adaptar a redação para conferir vantagem formal ao interessado cujos estudos e projetos foram acolhidos pela Administração Pública. Esse interessado, caso participasse da licitação pública, teria o direito de igualar, em idênticas condições, a proposta classificada em primeiro lugar na licitação pública, o que deveria ser exercido em até 72 horas do julgamento²²⁹. Conquanto se saiba da existência dessa e de outras espécies de vantagem no estrangeiro, por ora, não se demonstra conveniente incorporá-la à legislação brasileira.

O *bônus*, como é chamado pelo Projeto, ao menos diante da atual conjuntura, oferece risco demasiado ao Procedimento de Manifestação de Interesse, que não se reveste das mesmas formalidades assecuratórias da

²²⁹ Este sistema de bonificação, conhecido como *Swiss Challenge System*, é empregado em alguns estados da Índia, na Itália, nas Filipinas, em Taiwan e no território estadunidense de Guam. (DELLACHA; HODGES, 2007, p. vii)

moralidade e da isonomia que uma licitação pública na modalidade concorrência possui. Por isso, sobretudo num procedimento incipiente, poderá haver condições dificultosas para se monitorar com habilidade as avaliações e seleções dos projetos que conferirão vantagem formal para a licitação pública. Logo, arrisca-se demasiadamente a subverter o espírito do Procedimento de Manifestação de Interesse, que pode transformar-se em palco de competição pela licitação pública, e não pelo melhor projeto.

Ainda sobre o mérito da disposição, vale dizer que o seu acatamento dificultaria ou até mesmo excluiria a possibilidade da Administração Pública aproveitar parcelas de estudos conforme lhe aprouvesse. Não haveria como conferir vantagem adequada a todos os autores parciais dos estudos, não haveria como classificar a importância das contribuições. Dessa sorte, a Administração Pública estaria fadada a aceitar tão somente estudos completos, integrais, oferecidos pelo interessado. Daí se deduz que a amplitude de participação dos particulares nos estudos seria diminuída substancialmente, restando o envolvimento apenas daqueles cuja capacidade estrutural e econômica lhe permitisse financiar a integralidade dos estudos. Ademais, estariam descartados dos estudos os consultores independentes e a maior parte dos entes da sociedade civil, que podem pretender auxiliar o projeto com considerações atinentes a áreas específicas do conhecimento.

Por outro lado, há que se reconhecer que a vantagem teorizada seria determinante para que os particulares qualificados empenhassem ainda maiores esforços para levantar o melhor projeto, aumentando-se a probabilidade de que fossem apresentados estudos com consistência e densidade apreciáveis. A solução proposta, embora não pareça adequada para o momento, poderia reduzir o risco de que a Administração Pública construa soluções sem identidade e uniformidade.

Enfim, em relatório da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o deputado federal Sandro Mabel exarou parecer favorável ao Projeto e às emendas, consignando na ocasião que facultar e disciplinas a apresentação de estudos e projetos à Administração Pública, por conta e risco do particular, representa uma notável evolução nos âmbitos jurídico, político, social e econômico. De fato, pode representar, desde que bem disciplinado. O Projeto de Lei nº 7.067 ainda não parece *bem disciplinado o suficiente* para ser aprovado, pelas razões que apresentadas.

O Projeto de Lei nº 2.892/2011, de autoria capitaneada pelo deputado federal Arnaldo Jardim, em conjunto com outros deputados da Frente Parlamentar Mista em Defesa da Infraestrutura Nacional, da qual

é o presidente, propõe o regramento da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Pretende-se reverter aspecto da regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse em âmbito federal, que veda a apresentação espontânea de estudos e projetos para a Administração Pública. Atualmente, o Decreto Federal nº 5.977/2006 restringe o objeto do procedimento aos projetos já identificados como prioritários e à solicitação de estudos por parte do poder concedente, impedindo a apresentação de propostas não solicitadas pela Administração Pública, por parte dos particulares.

O ponto positivo desse Projeto é justamente conceder permissão para que os particulares provoquem a Administração com propostas de estudos. Contudo, o ponto negativo é que o Projeto silencia a respeito da necessidade de se outorgar a mesma autorização a outros interessados caso a Administração aceite a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), o que se reputou anteriormente como obrigação que deriva do dever de observância da isonomia.

Destaques positivos também para o reconhecimento da extensão desses estudos para as concessões comuns, o que hoje não é regulamentado em esfera federal, e para a previsão de dever de publicidade no sítio eletrônico oficial do órgão ou entidade da Administração Pública.

O Projeto de Lei nº 2.892/2011 deixa a desejar por não regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse, mas tão somente a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que lhe é anterior. Bastaria que fosse adicionado um parágrafo dispondo que em caso de a Administração Pública demonstrar interesse na proposta recebida, deve propiciar aos demais interessados a mesma oportunidade, dando-se início a um procedimento administrativo isonômico e transparente, o qual ora é denominado como o Procedimento de Manifestação de Interesse.

5.4 A REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Um procedimento administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.” (BANDEIRA DE MELLO 2011, p. 491).

A regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse, portanto, é o tratamento jurídico que deve ser dispensado para a condução desta sequência de atos administrativos correlacionados e tendentes à modelagem participativa de uma licitação pública para a delegação de utilidades públicas.

Sucedendo que, como já se apontou, o Procedimento de Manifestação de Interesse é procedimento administrativo cuja regulamentação não se encontra hospedada em lei específica. Por consequência, a sua interpretação é originada e está circunscrita às demais fontes do direito. Assim sendo, a sua regulamentação é percebida por intermédio das normas locais regulamentadoras (mesmo que de abrangência de aplicação limitada), das regras genéricas aplicáveis aos procedimentos administrativos, dos princípios e valores do regime jurídico de direito público, com destaque à Constituição Federal, da experiência prática da Administração Pública, da influência estrangeira e da jurisprudência nacional.

O Decreto Federal nº 5.977/2006 é ora considerado a guia mestra para interpretar a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse. Isso em razão de que tal decreto exerce uma natural influência sobre os demais entes federativos, seja por ter sido pioneiro, seja por estar positivado no âmbito federal²³⁰. Em sua sequência, inúmeros Estados e Municípios promulgaram decretos semelhantes, com o objetivo de regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse em âmbito local.

Não obstante, sem depreciar a importância dos demais decretos e atos regulamentadores, considerou-se também para a análise, pela relevância que conferem à regulamentação do instituto, os seguintes diplomas normativos²³¹:

Alagoas (Decreto nº 4.067/2008), Bahia (Decreto nº 12.653/2011), Ceará (Decreto nº 30.328/2010), Distrito Federal (Decreto nº 28.196/2007), Espírito Santo (Decreto nº 2.889-R/2011), Goiás (Decreto

²³⁰ Neste sentido, Livia Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano (2012, p. 200): “[...] vale a pena dedicar atenção especial ao regramento estabelecido no âmbito Federal por meio do Decreto nº 5.977/06, na medida em que ele poderá – e geralmente assim acontece – servir de inspiração para a regulamentação da matéria em diversos Estados e Municípios brasileiros [...]”

²³¹ De plano, avulta que dois dos referidos Estados expediram a regulamentação em forma de resolução, o que, no entanto, não macula a validade desses diplomas, como já se anotou.

nº 7.365/2011), Minas Gerais (Decreto nº 44.565/2007), Pernambuco (Resolução nº 1/2007/SEPLAG), Paraná (Decreto nº 5.273/2012), Rio de Janeiro (Decreto nº 43.277/2011), Rio Grande do Sul (Resolução nº 001/2008/CGPPP/RS), Santa Catarina (Decreto nº 962/2012), São Paulo (Decreto nº 57.289/2011 combinado com Decreto nº 48.467/2004) e Sergipe (Resolução nº 01/2008/CGPROPPPSE).

Considera-se suficiente, para o propósito de identificar e interpretar uma regulamentação comum ao Procedimento de Manifestação de Interesse, levar em conta esses quinze diferentes regulamentos, que concedem aos órgãos e entidades da Administração Pública a eles vinculados a licença e os parâmetros para promovê-lo.

De todo modo, embora a regulamentação do instituto se pautasse sobremaneira no que guardam em comum os diplomas já existentes, nunca é demais reafirmar que o Procedimento de Manifestação de Interesse está primariamente vinculado aos princípios e valores da Constituição Federal, como decorrência da própria posição central que hoje a norma máxima representa para o direito administrativo. Dessa sorte, a sua regulamentação deve se dar adequada à moderna concepção de procedimento administrativo, segundo a qual “[o] importante não é, pois, regular rígida e detalhadamente toda a actividade de procedimento, mas antes estabelecer um conjunto de disposições abertas e flexíveis”. Em outras palavras, assume-se como pressuposto para a sua regulamentação a “passagem de uma visão formal para uma perspectiva material acerca do procedimento administrativo, a qual, mais do que a minúcia das regras legais, valoriza a sua função substantiva.” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 355). De conseguinte, as formalidades do procedimento podem ser adequadas às realidades específicas de cada Administração, desde que a materialidade dos valores e princípios reconhecidos como pertinentes ao procedimento sejam bem conformados.

5.4.1 A normatividade dos decretos regulamentadores do Procedimento de Manifestação de Interesse

Não obstante a legitimidade formal reconhecida pelo artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009, requer-se seja assentada com maior destaque a legitimidade material do Poder Executivo para dispor da regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse.

É que não raramente, em direito administrativo, se sustenta ao Poder Legislativo toda a legitimidade para se determinar os caminhos de atuação da Administração Pública. Nessa perspectiva, o Poder

Legislativo representaria o único dos três poderes com competência para ditar as regras a serem seguidas pela Administração Pública. Os que assim pensam defendem a equivalência da Administração Pública a um órgão executor de leis, tal qual um braço mecânico do legislador, como se não houvesse função criadora na atividade administrativa (SUNFELD, 2012, p. 137). É o conceito clássico do dever de observância da legalidade, segundo o qual na Administração Pública não há liberdade. É a interpretação mais estreita do consagrado brocardo: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (MEIRELLES, 1999, p. 82).

Seguindo esse raciocínio, muito embora exista dispositivo legal que confira expressamente ao Poder Executivo a competência para regulamentar o Procedimento de Manifestação de Interesse, a operacionalização desse procedimento administrativo não poderia escapar em nada daquilo que a lei prevê. Correr-se-ia o risco de sempre se questionar a ausência de um dispositivo legal para subsidiar uma determinada previsão regulamentar. Ou seja, nada poderia ser *criado* a partir das leis, mas sim, meramente e fielmente *reproduzido* operacionalmente com o auxílio do regulamento. Em suma, não haveria qualquer margem criativa para o agente público. Na hipótese de procedência desse argumento, haveria grande dificuldade e sérias limitações para se operacionalizar o Procedimento de Manifestação de Interesse, pelo que deve ser detidamente investigado.

Acontece que, conforme dantes se averbou, já não há mais como se minimizar a função criadora da atividade administrativa (SUNDFELD, 2012, p. 137). A concepção de vínculo da Administração Pública à legalidade em sentido estrito encontra-se em xeque na atualidade (BINENBOJM, 2008, p. 6), pois adota-se um conceito amplo de legalidade, que envolve também os valores e os princípios albergados pela Constituição Federal (DI PIETRO, 2012a)²³². A normatividade não

²³² Gustavo Binenbojm (2008, p. 37) elenca as possíveis causas que deram origem à crise da lei formal, a qual hoje representa um fenômeno universal e é perceptível com maior intensidade do direito administrativo: “(i) a inflação legislativa; (ii) o uso histórico da lei como fundamento para a injustiça e a barbárie; (iii) o controle crescente e progressivo do processo legislativo pelo Poder Executivo; (iv) o advento do constitucionalismo e o fenômeno da *constitucionalização* do direito; (v) a multiplicação das novas formas de *juridicidade*, como regulamentos

se exaure no ato emanado pelo Poder Legislativo (TÁCITO, 1997, p. 447).

A vinculação administrativa à juridicidade encontra hoje o seu bojo na Constituição Federal, e não mais na lei (BINENBOJM, 2008, p. 7). Desde que respeitado o limite constitucional de que novos direitos contra a Administração Pública e obrigações não consentidas devem ser criados por lei – e no presente caso, já o foram, vide o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009 –, à Administração Pública deve ser reconhecida a liberdade para proceder à materialização normativa de suas atividades.

É que regulamentar não pode somente significar a mera reprodução analítica da lei, é mais que isso, é “ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.” (TÁCITO, 1997, p. 510). Leia-se, em apoio, o comentário de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 137, 141):

A vinculação absoluta da Administração ao legislador foi a primeira grande técnica concebida para a direção sistemática da ação administrativa pelo Direito. Mas a experiência foi mostrando gargalos e insuficiências, o que levou ao paulatino enriquecimento do direito administrativo com outras técnicas. Elas alteraram aos poucos as características do sistema, inicialmente concebido como de legalismo formal (em que o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais), tornando-o muito mais complexo. [...]

A orientação dos juristas que reserva toda deliberação pública relevante para o Legislativo supõe ser viável retirar a Política da administração, reduzir a mera técnica o papel dos dirigentes e funcionários públicos. Mas essa orientação despreza a experiência histórica e não faz sentido no mundo contemporâneo, em que o largo espectro de funções assumidas pelo Estado exige uma Administração Pública também de largo espectro.

administrativos gerais e setoriais e outras fontes normativas de origem privada (*soft law*).”

O princípio da legalidade ganhou aspecto novo: “mantém-se a ideia de submissão da Administração Pública à lei, porém não se trata mais da lei em sua concepção formalista, vazia de conteúdo e eficácia.”. Vincula-se também a “todos os princípios que se encontram na base do ordenamento jurídico, independentemente de sua previsão expressa no direito positivo” (DI PIETRO, 2012b, p. 14).

Dessa sorte, defende-se como formal e materialmente legítimas as regulamentações ora existentes sobre os Procedimentos de Manifestação de Interesse. O Poder Executivo tem competência para definir as regras operacionais com que serão conduzidos esses procedimentos administrativos, estando sujeitos ao controle, nos termos da lei, em tudo aquilo que houver contradição ou extrapolação do ato regulamentar. Sustenta-se, por decorrência, que a própria regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse não necessariamente deve se dar por decreto, podendo ser meramente difundida por ato administrativo exarado no âmbito do órgão ou entidade interessada.

Quando se diz que o decreto não pode extrapolar da lei, quer se fazer entender que somente lei é que imporá deveres mandatórios ao particular, somente a lei é que conferirá novos direitos subjetivos contra o Estado. Mas o seu fundamento de legalidade tem e devem ter natureza abstrata, justamente para que no momento de sua execução seja possível amoldar a realidade fática à finalidade perseguida. A lei deve ditar as basicidades, apenas. Ou seja, em direito público, sempre que a lei não definir os meandros dos direitos e deveres que cria, reconhece-se ampla liberdade de regulamentação dos direitos e deveres por parte da Administração, responsável por materializá-la. O processo legislativo moderno prestigia a extensão do poder regulamentar do Poder Executivo (TÁCITO, 1997, p. 480).

Pensar diferente seria entender que a deliberação democrática se restringe ao âmbito do Poder Legislativo e ignorar os mecanismos de participação democrática que hoje permeiam a Administração Pública – como o próprio Procedimento de Manifestação de Interesse. (SUNDFELD, 2012, p. 141)

Chama a atenção, em paralelo com isso, o registro de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 147) a respeito da pluralidade de fontes jurídicas extraleais que hoje auxiliam a função de controle das normas produzidas pela Administração Pública, como as sistematizações doutrinárias, os precedentes jurisprudenciais, o direito comparado. Sem embargo, a própria Constituição Federal pode vir a arrimar diretamente a ação normativa da Administração Pública, especialmente em se tratando de

atividades vinculadas aos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação do legislador (BINENBOJM, 2008, p. 25, 31).

Conclui-se, assim, que os decretos regulamentares cuja vocação é normatizar o Procedimento de Manifestação de Interesse descobrem-se e legitimam-se como expressões resultantes da obrigação de promover o devido processo administrativo – sobretudo porque os atos administrativos envolvidos têm aptidão para refletir na esfera jurídica de terceiros –, bem como pelo fato de não haver na legislação a disciplina completa desse procedimento (SUNDFELD, 2012, p. 165). É caso em que a legislação dá o fundamento legal do instituto, mas que os valores axiológicos impregnados na Constituição Federal validam as condutas que excedem o mero dispositivo em buscar conferir materialidade para os direitos fundamentais.

É oportuno, contudo, fixar os limites desta defesa, tendo em vista os abusos que podem decorrer da autonomia normativa criativa reconhecida ao Poder Executivo. O limite maior é a Constituição Federal, que servirá de parâmetro para toda atividade normativa da Administração Pública. Não há qualquer discricionariedade externa ao direito, todo ato administrativo encontra-se vinculado, especialmente, às regras e aos conceitos e aos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008, p. 39). *Nem tanto ao céu, nem tanto à terra*, de conseguinte, à Administração Pública não se reconhece discricionariedade ilimitada, encontrando-se vinculada aos valores e princípios da Constituição Federal e, por corolário, sujeitando-se ao controle dos excessos, desvios e inoperâncias; por outro lado, tampouco “opera como um singelo vassalo da lei” (FREITAS, 2009, p. 14).

Especificamente em relação ao Poder Executivo, convém repudiar a disfunção já existente gerada pelo excesso de medidas provisórias, que representam uma via concreta e mais aprofundada de se imiscuir nas funções legislativas, que de exceção mais nada têm²³³, e que se tornaram

²³³ Leia-se o comentário de Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 11): “Inserida numa Constituição em tudo democrática tal qual a atual Carta brasileira, a medida provisória poderia vir a ser instrumento valioso. Sucede, entretanto, que o Presidente da República a utiliza de modo abusivo, para situações que não são relevantes e urgentes. Agregue-se que o Poder Legislativo não as controla devidamente. De outro lado, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, oferece interpretação muitas vezes disparatada, contrária à própria letra do dispositivo relativo à medida provisória e aos princípios, valores

regra ao menos para as últimas e principais alterações normativas havidas no âmbito da legislação de licitações públicas e contratos administrativos, incluindo-se aí as parcerias público-privadas²³⁴. A recorrência excessiva ao mecanismo excepcional praticamente usurpa competência do Poder Legislativo, que, talvez pela incapacidade de bem gerir suas pautas, acaba por permanecer refém das votações das medidas provisórias e, com isso dá-se origem à também repudiada prática de contrabando normativo – inserção de dispositivos legislativos de forma aleatória, sem qualquer sistematização.

Em segundo lugar, a função normativa da Administração Pública, que é bem mais restrita que a do Poder Legislativo, por natureza, não deve servir como atalho para o descaminho democrático, o que se revelaria por meio de normas postas sem a devida transparência e sem o devido respaldo do interesse da coletividade. Isso redundaria em grave desrespeito ao princípio democrático, da moralidade pública e, por corolário, do interesse público. Existem limites bem postos para a atividade normativa da Administração Pública, especialmente quando o objeto de regulamentação versar sobre novos direitos subjetivos públicos e obrigações não consensuais, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais e, dentre eles, especialmente os direitos de defesa do cidadão contra o Estado. A normatividade conferida ao Poder Executivo não pode desmerecer a essência democrática do regime republicano (TÁCITO, 1997, p.508), sob pena de ensejar um regime despótico, secularmente repellido pelos estudiosos, pois é acompanhado da “execução arbitrária do Estado pelas leis que ele mesmo criou, com o que a vontade pública é manejada pelo governante como a sua vontade particular” (KANT, 2006, p. 69). Não se pode olvidar que foi justamente o reconhecimento de poder normativo ao Poder Executivo que ocasionou as grandes intervenções no núcleo essencial da esfera jurídica dos brasileiros, especialmente em épocas de regime ditatorial (regime militar de 1964 a 1985, cujo excesso mais patente se deu com o decreto que estabeleceu o Ato Institucional nº 5), mas não somente nestas (confisco dos ativos depositados nas cadernetas de poupança em 1990, por meio da Medida Provisória nº 168/1990).

Feitas as ressalvas, em suma, entende-se que a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse pela própria Administração Pública significa respaldar a preservação da competência discricionária

e finalidades postos de forma unívoca no bojo da sistemática constitucional.”

²³⁴ Ver, por exemplo, a Medida Provisória nº 575/2012.

típica dos agentes administrativos, sem a necessidade de se incentivar a produção de leis minuciosamente regulamentadoras que, não raramente, invadem justamente essa competência da Administração Pública – ainda que delas decorram benefícios que as tornam até desejáveis, como já exposto. Lembre-se, de par com isso, que a regulamentação dos procedimentos administrativos deve ser aberta e flexível, com a primazia de sua função substantiva em vez da função formal (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 355). Preocupação semelhante foi notada por Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 152):

A inflação legislativa, aliás, tem feito crescer o número de ações diretas de inconstitucionalidade no STF, sendo a invasão de competência regulatória do Executivo (isto é, da reserva de administração, na linguagem da Corte) um dos fundamentos de inconstitucionalidade. Já há atualmente diversos julgados em que se declarou a inconstitucionalidade de leis de regulação de serviços públicos por terem tomados decisões que seriam reservadas à Administração, visto afetarem o equilíbrio econômico dos contratos e o conjunto de direitos e deveres dos prestadores e consumidores, que estavam construídos por instrumentos administrativos.

Em acréscimo, a lição de Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 200), no sentido de que a preservação da competência para decisões mais próximas da realidade administrativa é proveitosa ao interesse público, pois “[d]ecisões autoritárias, tomadas de cima para baixo, que pretendem generalizar situações que na prática guardam inúmeras especificidades, geralmente não produzem bons resultados.”.

Considera-se, então, como notáveis as benesses da atividade criativa dos agentes administrativos, que é característica da moderna Administração Pública, mais consciente de que o Poder Legislativo encontra dificuldades para condicionar implacavelmente a postura da Administração Pública diante da infinidade de casos concretos. Mais uma referência da lavra de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 135-136) a respeito da adequação do reconhecimento de poder normativo no âmbito administrativo:

As ideias iniciais sobre separação de Poderes não incluíam propriamente uma Administração Pública, com as dimensões e características que adquiriu posteriormente. O Executivo original

seria de fato acanhado. Afora a função de alto governo, ele se reduziria à implementação concreta de deliberações já tomadas no plano legal. Mas foi a própria evolução política e jurídica que, a partir dessa costela, construiu um novo ser: a Administração contemporânea; criada e condicionada por leis, sim, mas com atuação jurídica de amplo espectro. [...]

Como a amarração jurídica da Administração contemporânea é realizada, a par da lei formal, por várias outras fontes e mecanismos, a viabilidade do Estado de Direito não é comprometida só pelo fato de a Administração exercer amplas competências criativas por autorização legal. (SUNDFELD, 2012, p. 135-136)

Registre-se que a legalidade que confere suporte à atividade normativa da Administração Pública deve se pautar em norma de conteúdo compatível e suficiente. Portanto, a edição de norma regulamentar, como aquelas que regulamentam o Procedimento de Manifestação de Interesse, dependem de uma relação de adequação com o conteúdo legal que lhe deu origem (SUNDFELD, 2012, p. 162).

Feitos os devidos apontamentos e as devidas ressalvas, é momento de se iniciar a interpretação da regulamentação aplicável ao Procedimento de Manifestação de Interesse.

5.4.2 O objeto de aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse

O propósito da regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse é de que sejam estabelecidas as regras adequadas de lançamento e condução desse procedimento administrativo, para que a Administração Pública possa receber dos particulares interessados os projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens de concessões comuns e parcerias público-privadas.

Grande parte das regulamentações estaduais delimitam o objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse de forma a abranger tanto as parcerias público-privadas como as concessões comuns. Alguns deles incluem também as permissões. Outros, como o Decreto Federal nº 5.977/2006, restringem a sua aplicação às parcerias público-privadas propriamente ditas (concessão administrativa e concessão patrocinada).

Interessa, primeiramente, averiguar qual a abrangência teórica do objeto de aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse: se somente envolve as parcerias público-privadas (concessão administrativa e concessão patrocinada); se admite também, além dessas, as concessões comuns; ou se permite que se proceda também à estruturação de permissões e até autorizações.

Segundo a interpretação que se entende adequada, o Procedimento de Manifestação de Interesse é instituto que conserva aptidão jurídica para servir como meio de estruturação de qualquer forma de delegação de utilidades públicas, incluindo-se, então, como seu objeto de aplicação, as parcerias público-privadas e as concessões comuns, mas admitindo também eventuais delegações de utilidades públicas por permissão ou por autorização.

Nada obstante, em razão da precariedade e da efemeridade característica das permissões e das autorizações, não é adequado, tampouco provável, que projetos de delegação da prestação de serviços públicos e de obras de infraestrutura sejam estruturados a partir desses instrumentos.

Há, em conjunto, uma razão maior de desestímulo da prática do Procedimento de Manifestação de Interesse para projetos de permissão e de autorização de serviços públicos. É que os seus permissivos legais – artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 2º da Lei Federal 11.922/2009 – não prescrevem a possibilidade de se vincular o ressarcimento dos estudos ao vencedor da licitação pública em casos de delegação por outra modalidade que não a concessão. Assim sendo, entendendo-se que a previsão de ressarcimento pelo vencedor da licitação, na eventualidade de ser prevista pelo edital de solicitação de manifestação de interesse, somente é possível porque a lei permite que assim se proceda, um Procedimento de Manifestação de Interesse que se proponha a modelar projeto de permissão ou autorização da prestação de serviços públicos ou da exploração de obras públicas não poderá fazer uso desse preceito, não havendo, portanto, como vincular ao vencedor da licitação pública a obrigação pelo ressarcimento dos estudos. Isso faz com que um quesito relevante de atratividade dos potenciais interessados não possa ser incluído no edital de solicitação de manifestação de interesse para projetos de permissões e autorizações de serviços públicos.

Por essa razão, até, se supõe, conquanto diversos regulamentos de Procedimento de Manifestação de Interesse mencionem a possibilidade de se promover o levantamento de estudos e projetos também para projetos de permissões, nunca se teve notícia de alguma manifestação de interesse com esse propósito. Daí justificado o entendimento de que o

Procedimento de Manifestação de Interesse é instrumento mais adequado e tem o propósito de tratar de concessões comuns e parcerias público-privadas.

Em relação à União Federal e aos Estados que restringem seu objeto de regulamentação às parcerias público-privadas propriamente ditas, antes de se apresentar a opinião sobre o assunto, convém dar destaque para o Acórdão nº 112/2012 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Em precedente emblemático, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, o Tribunal de Contas da União reconheceu a legalidade e a aplicabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse às concessões comuns, em âmbito federal, inclusive determinando a observância das normas do Decreto Federal nº 5.977/2006, na ausência de outra norma regulamentadora.

O precedente jurisprudencial originou-se por ocasião de questionamento do Ministério Público Federal do Espírito Santo, que entendia pela irregularidade de autorização concedida pelo Ministério dos Transportes a uma sociedade empresarial, cujo propósito era desenvolver estudos técnicos sobre a 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodoviárias Federais (Procofe), que se daria por concessão comum.

Em defesa do procedimento, o Ministério dos Transportes e a Advocacia-Geral da União argumentaram que a autorização concedida àquele interessado não havia sido expedida com caráter de exclusividade e que a mesma oportunidade havia sido divulgada aos demais eventuais interessados, assim como não havia sido assegurada a obrigação de licitar ou de ressarcimento dos custos havidos com os estudos, que estariam vinculados, se utilizados, ao eventual vencedor da licitação pública. Ainda, que os valores a serem ressarcidos somente o seriam se previamente aprovados pela autoridade competente, pois deveriam ser compatíveis com os preços praticados no mercado quando em comparação com projetos de complexidade similar. Em acréscimo, defenderam que o despacho que autorizou a realização dos estudos pela sociedade empresarial já havia fixado exigências quanto ao detalhamento de etapas, prazos, equipe técnica e custos.

Houve o acatamento integral das razões de defesa levantadas, acompanhadas da determinação de que o ente público federal deveria observar as normas do Decreto Federal nº 5.977/2006, por analogia²³⁵,

²³⁵ “A analogia é o processo pelo qual, na omissão de texto legal apropriado, o

quando diante de concessões comuns, regradas pela Lei nº 8.987/1995. A representação foi considerada improcedente pelo o Tribunal de Contas da União²³⁶.

O mesmo caso volveu para a Justiça Federal do Espírito Santo. A demanda também foi julgada improcedente e pende de julgamento o recurso de apelação. Na sentença, que teve como base tão somente o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 – ou seja, não interpretou o caso a partir do regulamento federal do Procedimento de Manifestação de Interesse –, o magistrado assentou que o referido dispositivo permitia ao poder concedente, a seu critério, autorizar terceiros a produzirem estudos. Adicionou a isso o argumento de que a autorização não configurava violação ao dever de licitar, porquanto não constituía contrato, direito à remuneração ou exclusividade àquele interessado autorizado, bem como que a autorização havia sido publicada com essas ressalvas, inclusive indicando que eventuais interessados poderiam também obtê-la²³⁷.

Essas decisões são sobremaneira significativas para o Procedimento de Manifestação de Interesse, haja vista representarem, ao menos diante desse caso, o seu amplo reconhecimento pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário. Os julgados representam fontes de direito que estabeleceram as seguintes regras: (i) a ausência de norma que regulamente especificamente o Procedimento de Manifestação de Interesse para as concessões comuns não é impeditivo de sua prática; (ii) é adequado nesse caso emprestar normatividade de instrumento análogo.

intérprete se socorre de normas existentes, regulatórias de situações jurídicas semelhantes.” (TÁCITO, 1997, p. 505)

²³⁶ Veja-se excerto do acórdão:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 237, inciso I do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente Representação, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2. recomendar ao Ministério dos Transportes que utilize, por analogia, os ditames prescritos no Decreto nº 5.977/2006, sempre que conceder autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995;”

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 112/2012, Relator: Raimundo Carreiro, Órgão Julgador: Plenário, Data de Julgamento: 25/1/2012)

²³⁷ Justiça Federal do Espírito Santo, Processo nº 2009.50.01.014222-7, Julgador: Paulo Gonçalves de Oliveira Filho, Data do Julgamento: 31 de agosto de 2010.

Registre-se, inclusive, que em virtude das recomendações exaradas no referido acórdão do Tribunal de Contas da União, a Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC publicou um regulamento próprio para o Procedimento de Manifestação de Interesse (Resolução nº 192, de 28 de junho de 2011).

De tudo o que se expôs, já é possível concluir que o simples fato de que alguns regulamentos não prescreveram a possibilidade de se envolver as concessões comuns em Procedimentos de Manifestação de Interesse não significa que seja vedada a sua prática. Recomenda-se, nesses casos, que o órgão ou a entidade interessada em lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse sobre objeto não abrangido pelas normas vigentes, atente-se e prescreva a regulamentação do procedimento em forma de resolução, tal como fez a Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, ou expeça uma regulamentação específica no próprio instrumento convocatório, a partir dos fundamentos legais que suportam o instituto.

Em outras palavras, a omissão quanto à regulamentação do instituto perante as concessões simples não significa o seu descabimento ou a vedação pelo ordenamento. Pelo contrário, o artigo 21 da Lei nº 8.987/95 e o artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009, ainda que não regulamentem, preveem a existência de um procedimento administrativo, o qual é ora denominado Procedimento de Manifestação de Interesse, e, portanto, possibilitam a autorização de particulares interessados para o feito de projetos licitatórios também em concessões simples. Assim, acaso não exista regulamentação pelo Estado ou pelo Município, ou ainda, pela própria entidade promotora do procedimento, a regulamentação deve ser estabelecida especialmente para a ocasião, o que pode ocorrer até de forma concomitante à publicação do edital de solicitação de manifestação de interesse – ou no próprio edital.

Anote-se, por fim, que ambas as decisões comentadas vão ao encontro do entendimento já apresentado de que o Procedimento de Manifestação de Interesse se presta a angariar estudos e projetos relacionados com as concessões em geral, como gênero (MONTEIRO, 2010, p. 201), não havendo obrigatoriedade de que a forma de delegação pretendida esteja prevista no regulamento geral local.

Isso se justifica, com maior ênfase, se se considerar que o Procedimento de Manifestação de Interesse tem como desígnio, justamente, receber estudos e projetos para a modelagem de delegações de *utilidades públicas*, o que significa dizer que eventualmente os interessados poderão apresentar soluções afeitas a modalidades de delegação não previstas expressamente no decreto ou na resolução

regulamentadora, peculiaridade que por si não justifica o não recebimento desse material. Leia-se, em apoio ao que se defende, o comentário de Caio de Souza Loureiro (2012):

Muito embora a regulamentação do PMI esteja quase que totalmente voltada às PPP's, é necessário que o instituto também seja aplicado nas concessões comuns. Não apenas por haver autorização legislativa neste sentido, mas também porque a limitação apenas ao universo das PPP's restringe demasiadamente os benefícios do PMI. É bom lembrar, inclusive, que um determinado projeto que tenha sido concebido inicialmente como uma PPP acabe se mostrando viável e mais oportuno como uma concessão comum, a partir da evolução dos estudos de viabilidade. De modo que seria absurdo abdicar dos estudos já elaborados apenas porque o projeto não será contratado como uma PPP, e sim como uma concessão comum.

Qualquer raciocínio no sentido de que o Procedimento de Manifestação de Interesse só é permitido para as parcerias público-privadas propriamente ditas (concessão patrocinada e concessão administrativa) merece refutação. Apesar da evidência, convém registrar que a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse estabelecida pelo Decreto Federal nº 5.977/2006 não estende os seus efeitos para toda a Administração Pública brasileira, mas tão somente aos órgãos e entidades vinculadas à esfera federal. Tampouco tem vocação para regular, de forma autônoma e genérica, o instituto, podendo servir – e efetivamente o fazendo – como parâmetro de comparação para a sua regulamentação nos demais entes federativos.

Em suma, ainda que apenas recentemente o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União tenham sido provocados à manifestação, houve até o momento o reconhecimento uníssono sobre a viabilidade e a legalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse²³⁸.

²³⁸ Referencie-se também o processo nº REP-12/00376967, que tramita perante o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sobre o qual este subscritor teve a oportunidade de atuar como advogado, em que houve o reconhecimento do Procedimento de Manifestação de Interesse como instituto de direito administrativo cuja matéria está sujeita ao controle do Tribunal de Contas e à análise de mérito sobre as especificidade do regulamento num caso concreto.

Cabe registrar, também, que a regulamentação proposta pela Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC é mais um indício de que o Procedimento de Manifestação de Interesse vem sendo incorporado e está acompanhando as práticas mais modernas da Administração Pública. Como já se apresentou, quando em análise dos registros de Procedimentos de Manifestação de Interesse promovidos no Brasil, há uma adesão crescente por parte dos gestores públicos, especialmente para a estruturação de projetos de grande interesse e necessidade sociais, como obras de infraestrutura previstas nos setores de mobilidade urbana, de saneamento básico e de logística.

Assenta-se, portanto, que o objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse se estende sobre todas as modalidades de delegações de utilidades públicas e, dentre elas, aplica-se com mais frequência e com mais aptidão às modelagens de concessões comuns e parcerias público-privadas.

5.4.3 O instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse

O instrumento convocatório é o documento por meio do qual a Administração Pública dá publicidade ao procedimento e solicita a apresentação de estudos e projetos pelos interessados em participar do Procedimento de Manifestação de Interesse, registrando todas as informações necessárias para o pleno desenvolvimento da modelagem pretendida. Tal como em licitação pública, possui dupla função: prescrever e disciplinar as regras do procedimento e dar publicidade aos eventuais interessados, que são convidados a participar. (NIEBUHR, 2011, p. 252)

Não há um termo técnico jurídico (*nomen juris*) definido em lei para o documento, que costuma ser nomeado por *solicitação de propostas* (nome adotado pela Administração Pública federal), *edital de Procedimento de Manifestação de Interesse*, *edital de chamamento público*, *solicitação de manifestação de interesse*, *convite de manifestação de interesse*, *aviso de lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse*, dentre outros. Por ora, considera-se conveniente intitulá-lo por *edital de solicitação de manifestação de interesse*, por representar de forma bem apurada a finalidade do documento, ou simplesmente por *edital*.

Quanto à forma e ao conteúdo do edital de solicitação de manifestação de interesse, sugere-se que sejam consignadas, no que

houver aplicabilidade, além das regras próprias do respectivo regulamento de Procedimento de Manifestação de Interesse, as eventuais informações existentes e pertinentes aos editais licitatórios das concessões, explicitadas no artigo 40 da Lei nº 8.666/1993 e no artigo 18 da Lei nº 8.987/1995.

Assim, a Administração Pública deve atentar-se a formalidades como²³⁹ a correta indicação do ente promovedor, a numeração do procedimento, a declinação da sua fundamentação legal e da legislação aplicável (atentando-se para as normas locais), a descrição do projeto e as justificativas que levaram ao seu lançamento, os requisitos para a participação no procedimento, o conteúdo da eventual autorização (com os direitos e os ônus que serão assumidos pelo participante), o valor nominal máximo previsto para o ressarcimento (se houver), os locais de recebimento da documentação, os critérios objetivos de avaliação e seleção dos estudos apresentados, a composição da comissão de avaliação, o cronograma com as eventuais sessões públicas e com os prazos para a apresentação do material elaborado, a forma de apresentação do material elaborado e, também, o detalhamento e a delimitação do escopo do material a ser produzido.

Além disso, é adequado que seja definido o meio de resolução das possíveis controvérsias que surgirem no curso do Procedimento de Manifestação de Interesse, não se excluindo a possibilidade de sujeição ao instituto da arbitragem para decidir sobre direitos disponíveis (como a atribuição do valor para o ressarcimento dos estudos, respeitando-se os limites do edital). O edital de solicitação de manifestação de interesse deve conter também a forma para que sejam requeridos pedidos de esclarecimento sobre o seu teor, de maneira a oferecer um canal de comunicação para facilitar a compreensão da descrição dos objetivos da concessão e do que se espera dos participantes, antes e durante o período de elaboração dos estudos.

Recomenda-se, para fins de organização do documento, que o corpo do edital contenha as informações de conteúdo formal do procedimento e que sejam a ele anexados um termo de referência contendo as informações de conteúdo material do projeto em conjunto com os eventuais formulários que visem a padronizar os meios de apresentação das informações. Assim, por exemplo, o detalhamento e a delimitação do objeto podem ser inseridos em termo de referência e,

²³⁹ Há uma síntese desses pontos no tópico 5.4.9.3 *A elaboração do instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse*.

anexados ao edital, o formulário para requerimento de autorização para participação e a minuta de cessão dos direitos patrimoniais autorais sobre os estudos e projetos acaso sejam selecionados e empregados na licitação pública.

Posteriormente à confecção do edital e à autorização da autoridade competente para o lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse, deverá se promover a sua publicação. Nos próximos itens, será discorrido brevemente sobre cada uma dessas etapas.

5.4.3.1 Os participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse

A ampla abertura para a participação de interessados no Procedimento de Manifestação de Interesse é uma das condições para que o procedimento possa servir como ferramenta de abertura democrática e de maior eficiência para as contratações das concessões comuns e parcerias público-privadas.

Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 252) comenta que em licitação pública a Administração Pública deve conferir a todos os interessados as mesmas oportunidades, por força do princípio da igualdade, e que, para isso, deve lançar mão de processo seletivo equânime para escolher o futuro contratado. A lição é valiosa para o Procedimento de Manifestação de Interesse, só que em vez de ter por fim escolher o futuro contratado, aspira-se à seleção dos estudos e projetos a serem eventualmente empregados na futura licitação pública.

Nada obstante, o dever de observância da isonomia, embora estenda seus efeitos em igual medida a ambos, se manifesta de forma mais radical no Procedimento de Manifestação de Interesse do que na licitação pública, pois não há risco de prejuízo ao interesse público por ocasião da abertura ampla à participação. Não é, por exemplo, como em licitação pública, que se deve requerer comprovações de qualificação econômico-financeira e de capacidade técnica como requisito para se precaver da qualidade do objeto a ser prestado, ou, que é necessário, em algumas situações legalmente especificadas, tratar desigualmente os licitantes para melhor conformar o interesse público. Em Procedimento de Manifestação de Interesse há uma ampla primazia da oportunidade de colaboração sobre a necessidade de qualificação do participante e uma ampla observância da igualdade de tratamento entre os participantes.

O que se defende é que não há sentido em se restringir a participação de interessados com a mesma ênfase que se requer as condições de habilitação em licitação pública. O Procedimento de

Manifestação de Interesse é procedimento voluntário e consensual cuja possibilidade de participação deve ser estendida a todos os potenciais interessados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sejam especializados ou em especialização, sejam experientes ou iniciantes. Não há prejuízo considerável para a Administração Pública em promovê-lo de forma ampla. Não são suficientes argumentos em favor da incapacidade gerencial administrativa de procedimento com amplo número de participantes. Razões como essas não justificam amainar a oportunidade de materializar a participação de todos interessados no Procedimento de Manifestação de Interesse. Todos têm o direito de participar do Procedimento de Manifestação de Interesse. Em razão disso, os requisitos para a autorização devem estar ao alcance de todos, o que significa dizer que ninguém pode ser excluído *a priori* do procedimento.

Tome-se, como exemplo para aclarar o que foi dito, que, se houvesse significativas restrições de qualificação para participação no Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2012, lançado no Estado de Santa Catarina para elaborar projeto de parceria público-privada relacionada com a estruturação da quarta ligação viária entre a Ilha de Santa Catarina e o continente, a participante Jaqueline Carvalho Ferreira, acadêmica da Universidade Federal de Santa Catarina, na qualidade de pessoa física, não conseguiria apresentar o seu trabalho de conclusão de curso com o projeto de duas pontes conectadas a duas ilhas artificiais por túnel imerso. A sua participação, além de tudo, teve grande repercussão social por se tratar de um projeto independente, o que é um exemplo prático do caráter democrático que pode se revestir o Procedimento de Manifestação de Interesse²⁴⁰.

Bruno Ramos Pereira, ao comentar o assunto, levanta questão interessante sobre os requisitos para a participação do Procedimento de Manifestação de Interesse. O autor, partindo do pressuposto de que interessa à Administração Pública a existência de um número razoável de consultores independentes, defende que a Administração Pública deve levar em consideração o “poder de compra” inerente à produção dos estudos de viabilidade. Assim, a definição do perfil dos potenciais participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse poderia servir como uma ferramenta “quer seja para limitar e concentrar o mercado provedor de serviços de consultoria, quer seja para ampliar e

²⁴⁰ Relatório preliminar do Procedimento de Manifestação de Interesse disponível em: http://www.scar.sc.gov.br/pmi/upload/relatorio_preliminar.pdf Acesso em: 16 mar. 2013

desconcentrar o mercado provedor de serviços de consultoria.” (PEREIRA, 2011, p. 12). Sustenta o autor que a definição dos requisitos para a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse deveria considerar temas como a capacidade e a demanda do mercado de serviços de consultoria, incluindo uma avaliação sobre os seus atores (consultorias comerciais, independentes, acadêmicas, pessoas físicas, potenciais concessionárias e subcontratadas).

É fato que o lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse causa repercussão no mercado de consultoria especializada. Explicando: em teoria, o particular empreendedor interessado em candidatar-se à concessão estará interessado em participar do procedimento administrativo que definirá as bases da licitação pública e do contrato; como consequência, é provável que se municiará de consultores autônomos para ajudá-lo nessa empreitada. Resultado disso é que o Procedimento de Manifestação de Interesse, como é natural de toda intervenção do Estado em atividades econômicas, interfere nesse setor específico do mercado por aumentar a demanda por estudos especializados em modelagens de concessões. Aumentando-se a demanda por esses especialistas, haverá um incentivo a que mais profissionais ofereçam esse serviço, pelo que devem se especializar na matéria e compor um banco de consultores autônomos, que podem vir a servir à Administração Pública quando necessário.

Em que pese as virtuais benesses que adviriam do fomento desse mercado, defende-se que isso não deve se realizar mediante a imposição de barreiras para a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse. Em hipótese alguma o instituto deve servir como instrumento para buscar regular mercados setoriais, seja para limitar, concentrar, ampliar ou desconcentrar o mercado provedor de serviços de consultoria. Esta não deve ser preocupação a ser considerada pela Administração Pública no momento de definir os requisitos para a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, pois é subjacente ao caráter democrático que impende a abertura do procedimento a todos os interessados. Sem prejuízo de se reconhecer que, naturalmente, a definição do escopo dos estudos solicitados e dos critérios de avaliação e seleção desse material poderá interferir no equilíbrio de oferta e demanda deste mercado setorial, o que incentivará a formação de um corpo técnico autônomo especializado na matéria. Deveras, a existência de um número razoável de consultores independentes é efetivamente algo proveitoso à Administração Pública, contudo, não é razoável que isso seja estimulado ao preço de restrição de participação no Procedimento de Manifestação de Interesse.

De todo modo, convém assentar que o comentário ora apresentado não partiu de uma defesa, e sim de uma possibilidade aventada por Bruno Ramos Pereira (2011, p. 15, nota 15), tanto é que o próprio autor também registra – o que se concorda integralmente – que os atores interessados no Procedimento de Manifestação de Interesse carregam diferentes interesses, que não são coincidentes, em razão do que é importante que a Administração Pública consiga engajar esses participantes cujos interesses não coincidem, para que a modelagem final da concessão seja influenciada com percepções plurais dos envolvidos.

Em outro trabalho, que o referido autor elaborou em conjunto com Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 18), foi realizada pesquisa em editais de Procedimento de Manifestação de Interesse já publicados em âmbito estadual entre 2007 e setembro de 2012, em que se percebeu ser comum a exigência de requisitos técnicos e econômicos para a participação no procedimento, como a apresentação de portfólio com projetos anteriores, a comprovação de experiência e os currículos dos profissionais envolvidos. De maneira geral, relatam os autores, os Procedimentos de Manifestação de Interesse admitem a participação de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, salvo algumas exceções em desfavor das pessoas físicas. Assinalaram, na oportunidade, no sentido do que antes se argumentou, que o Procedimento de Manifestação de Interesse não deve apresentar barreiras para que os interessados sejam autorizados à participação, sobretudo porque os riscos relacionados ao engajamento no procedimento são todos relacionados aos próprios interessados, como as despesas para a elaboração dos estudos e a eventual ausência de licitação pública como decorrência do procedimento²⁴¹.

De fato, a restrição à ampla participação conduziria ao risco levantado por Gustavo Binenbojm (2008, p. 32, nota 86) como uma das principais críticas aos processos de participação nas decisões da Administração Pública, qual seja, o risco de “prevalência dos interesses mais poderosos e bem organizados, que dominam os processos de participação”.

Demais disso, como forma de impedir eventual conflito de interesses que resulte em desvio do interesse público, a participação de agentes públicos vinculados ao ente promovedor, na qualidade de

²⁴¹ Os autores também relataram ser comum a inexistência de critérios objetivos para a avaliação e para a seleção dos estudos apresentados. Os comentários a respeito do assunto encontram-se no tópico 5.4.7. *A avaliação e a seleção dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse.*

particulares, em Procedimento de Manifestação de Interesse, deve ser vedada. Os agentes públicos não poderão valer-se do procedimento para apresentar estudos e projetos particulares. O dever do agente público é zelar pelo interesse do órgão ou entidade que trabalha, pelo que haveria um nítido e perigoso conflito de interesses ao se permitir a dupla função. Em especial, pois que a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse pode vir a gerar direitos de ressarcimento para os particulares que apresentarem projetos efetivamente empregados na modelagem. Uma eventual permissão arriscaria a malferir o interesse público em benefício de interesses privados dos agentes públicos, que poderiam se utilizar do procedimento para gerar ilegítimamente direitos particulares. Entende-se, portanto, em Procedimento de Manifestação de Interesse, pela aplicabilidade do inciso III do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 e pela inaplicabilidade dos incisos I e II do mesmo dispositivo, restando prejudicados os parágrafos 1º e 2º, e mantendo-se em prática os parágrafos 3º e 4º²⁴²⁻²⁴³.

²⁴² Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

²⁴³ Dê-se destaque aos *Requests for Expression of Interest* promovidos pela

Registre-se, por fim, a possibilidade de que os particulares participem do procedimento de forma agrupada, em consórcio. Não é necessário exigir que este consórcio seja estabelecido por vínculo formal oficial entre os interessados, bastando que se comprometam e se cadastrem em conjunto perante o ente público promovedor, sendo comum que se exija a indicação do particular líder para efeitos de comunicação. Não se pode afastar, ainda, a possibilidade de que a Administração Pública provoque determinadas entidades da sociedade civil a fim de solicitar contribuições aos estudos ou mesmo outros potenciais interessados no setor em que se desenvolverá o projeto, desde que promova suas incursões comunicativas de maneira transparente e isonômica.

A análise sobre os requisitos para a autorização de participação no Procedimento de Manifestação de Interesse encontra-se mais adiante em tópico pertinente ao próprio termo de autorização²⁴⁴.

5.4.3.2 O escopo da solicitação em Procedimento de Manifestação de Interesse: o detalhamento e a delimitação dos estudos e projetos

O produto do planejamento das concessões comuns e das parcerias público-privadas resume-se à elaboração dos documentos pertinentes à licitação pública e ao contrato. Esses documentos são compostos por técnicas afeitas aos mais variados ramos do conhecimento. Não existe norma que esclareça, de antemão, o que deve ou não ser solicitado ou apresentado. O Decreto Federal nº 5.977/2006 faz referência à apresentação de *projetos, estudos, levantamentos* ou *investigações*. Acresça-se a isso termos como *dados, pesquisas, soluções tecnológicas, informações técnicas, documentos, pareceres, sugestões, orientações, experiências*. Em suma, todas as opiniões, todas as ideias e todos os

Organização das Nações Unidas. Embora a participação seja franqueada de forma ampla, os interessados não podem conservar relações de emprego ou manter empregados em cujo histórico haja relacionamento recente com a Organização das Nações Unidas. Como exemplo, um procedimento lançado em 12 de março de 2013, disponível em: <http://www.un.org/depts/ptd/pdf/eoi8648.pdf> Acesso em 20 mar. 2013.

²⁴⁴ Ver 5.4.4 *A autorização para que os particulares interessados participem do Procedimento de Manifestação de Interesse*

interesses percebidos pelos particulares para a modelagem podem ser apresentados à Administração Pública, desde que materializados e registrados sob alguma forma adequada para a sua compreensão e para o seu arquivamento²⁴⁵.

O mais relevante, a respeito deste item, é a dedicação que a Administração Pública deve à etapa de definição do escopo do material que espera receber dos interessados. Não é suficiente que o lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse seja acompanhado do simples anúncio da intenção de celebrar parceria público-privada para a delegação da prestação de determinada utilidade pública.

A extensão dos estudos que serão engendrados pelos particulares pode abranger a totalidade ou somente algumas particularidades do projeto concessório. Nada impede, portanto, que seja oferecida aos particulares a oportunidade de planejar integralmente a licitação pública, incluindo-se absolutamente todos os aspectos pertinentes ao certame, como, para exemplificar, os estudos técnicos, a produção dos projetos básico e executivo, a redação do edital, a minuta do contrato, as fontes de investimento e o modelo de gestão. De outro norte, não há obstrução se a pretensão da Administração Pública estiver adstrita aos estudos técnicos preliminares, de forma a embasar tão somente futura contratação para a produção do anteprojeto da licitação pública.

Por exemplo, é preciso delimitar se o escopo da solicitação de material para a modelagem da concessão envolverá estudos de demanda dos serviços, projeto de gestão comercial, estudos ambientais, estudos geográficos, projetos de engenharia civil, estudos de engenharia química, modelagem jurídica (minutas de edital, de contrato, de alterações normativas necessárias), estudos financeiros que demonstrem a viabilidade e a sustentabilidade econômica da concessão, análises de impacto orçamentário, análises socioeconômicas, análises dos *stakeholders* (as relações de interesses e de poderes do conjunto de interessados que afetam ou são afetados na execução e no resultado do projeto), análise de riscos políticos, cambiais, dentre outros²⁴⁶. Em

²⁴⁵ Para simplificar a leitura, utilizou-se frequentemente neste estudo da expressão *estudos e projetos* para designar todo o conjunto possível de informações a serem apresentadas pelos particulares em Procedimento de Manifestação de Interesse.

²⁴⁶ Em projetos rodoviários, por exemplo, é comum que a Administração Pública defina, ao regulamentar o procedimento, que espera receber estudos de concepção, estimativas de demandas de manutenção (custos operacionais e de

acréscimo, deve-se definir se a Administração Pública tem interesse em receber projetos comparativos hipotéticos de custo/benefício entre a execução direta pelo Estado, a execução indireta por meio de contratos administrativos ordinários, a execução por meio de concessão comum ou pela via da parceria público-privada.

Deverão ser indicados detalhadamente os parâmetros para a elaboração do material relacionados com cada categoria de estudos pretendida. A Administração Pública deve ter a sensibilidade de registrar no edital de solicitação de manifestação de interesse, na forma mais completa o possível, o que espera dos interessados, até para que depois possa compará-los²⁴⁷.

Junto à definição e delimitação do escopo dos estudos e projetos, que constará do termo de referência, devem ser sinalizadas também as informações que serão disponibilizadas pela Administração Pública aos interessados, já que muitas das informações essenciais à modelagem de concessão comum ou de parceria público-privada costumam estar de posse do poder concedente.

Sempre que possível, então, deve-se apresentar o projeto com (i) o apontamento dos fundamentos legais que lhe suportam; (ii) o histórico e a justificativa que levaram à inclinação pelo projeto de delegação daquela utilidade pública; (iii) os objetivos últimos da parceria; (iv) os locais afetados pelo projeto; (v) a indicação dos bens reversíveis já existentes; (vi) as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; (vii) o intervalo temporal a ser considerado para a concessão; (viii) a quantidade

gestão), de investimentos para execução, cronograma, levantamentos de impactos ambientais (externalidades, licenças indispensáveis), territoriais (geologia, limitações geográficas) e urbanísticos (habitação, infraestrutura, mobilidade), modelagem jurídica (modalidade de concessão, minutas de edital e contrato, planejamento tributário), assim como de quantidade e qualidade de tráfego.

Vide PMI SEPLAN Nº 001/2010, disponível em:

http://www.seplan.ba.gov.br/sgc/arquivos/20100315_161107_sistema_viario_o_este.pdf Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁴⁷ Neste sentido: “Com relação ao conteúdo descritivo dos projetos a serem estruturados, já observamos que o detalhamento do escopo dos projetos, se bom ou ruim, pode ter impactos diferentes nos resultados dos estudos de viabilidade. Um PMI com um detalhamento maior, que delimita e define as expectativas do poder público quanto aos serviços a serem delegados ao parceiro privado, permitirá uma maior comparabilidade entre os estudos de viabilidade recebidos de diferentes empresas.” (PEREIRA et al, 2012, p. 21)

e a qualidade dos serviços ou obras a que se espera atingir; (vii) os estudos que já existem sobre o projeto e a forma de acessá-los; (viii) as características obrigatórias para as obras a serem construídas; (ix) a legislação ambiental conhecida e pertinente à região; (x) a preferência por alguma modalidade de concessão; (xi) a descrição do assunto das eventuais informações sigilosas que somente serão divulgadas aos autorizados; dentre outras informações. Em suma, a Administração Pública deverá apresentar aos interessados, que, lembre-se, são seus parceiros nesse projeto, o máximo de informações úteis à modelagem. Isso inclui também, caso a Administração Pública as detenha, as seguintes informações apontadas por Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p. 9):

Dados, por exemplo, relativos à dimensão do setor, à sua composição em termos de produtos, à sua geografia, seus ciclos, sazonalidade, insumos, à demanda pelo produtos/serviços, à demografia, pesquisa e desenvolvimento de projetos, exposição a questões legais, regulatórias e ambientais, ambiente competitivo e perfil financeiro, dimensão dos operadores do setor, suas principais fontes de receitas e custos, aspectos macroeconômicos que afetam o setor, os seus principais riscos, os principais agentes, as respectivas áreas de atuação, capacidade de contrair novas dívidas, disponibilidade de capital próprio, estratégia, perspectivas de curto e médio prazo, apetite para novos projetos, potenciais entrantes no setor e suas características etc. são todos dados que afetam a participação em uma licitação e que devem ser mapeados como condição da sua modelagem.

A divulgação das informações que estarão à disposição dos interessados também é medida que auxilia a tomada de decisão do próprio particular a respeito de sua participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, uma vez que lhe permite aferir com mais precisão os custos que deverão ser levantados para a elaboração dos estudos e projetos. É o comentário de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 16):

No contexto da estratégia de divulgação, o poder concedente deve também indicar, pormenorizadamente, quais são os dados que disponibilizará às pessoas autorizadas a realizarem os estudos de viabilidade. Essa informação é essencial para que as pessoas interessadas possam

formular os custos que estarão envolvidos na realização dos estudos.

Sendo assim, a riqueza de detalhes a respeito deste ponto pode contribuir para que o poder concedente receba mais pedidos de autorização para a realização dos estudos de viabilidade.

Caso não se dê atenção a essa etapa de definição do conteúdo pretendido, correr-se-á sério risco de ineficácia do Procedimento de Manifestação de Interesse, haja vista a provável produção de estudos inservíveis à modelagem final, o que se refletirá como desincentivo aos particulares potencialmente interessados nos próximos procedimentos. Todos os benefícios já anunciados como passíveis de serem obtidos por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse estão condicionados à justa e escoreita definição, por parte da Administração Pública, do conteúdo dos estudos a serem apresentados pelos particulares interessados.

É bem possível que a Administração Pública não disponha de todos os dados acima referenciados. Não obstante isso, deverá empreender esforços para apresentar aos interessados a maior quantidade de informações possível, em formato mais acessível que puder, haja vista que a assimilação das informações por parte dos particulares é condição para que possam estruturar uma modelagem correspondente às expectativas da Administração Pública.

Como bem apresenta Marcelo Portugal Ribeiro (2011, p. 10), haverá casos, sobretudo em setores em que a delegação da utilidade pública é novidade, em que não haverá informações disponíveis sobre os aspectos antes mencionados. Nessa ocasião, poderá ser diligenciada uma pesquisa com possíveis entidades detentoras dessas informações, como as associações de agentes de mercado do respectivo setor, a própria agência reguladora ou as associações de usuários do serviço. Nada impede, pois, que a Administração Pública proceda a uma preparação bem organizada do Procedimento de Manifestação de Interesse; pelo contrário, a sua preparação deve contar com a consolidação organizada do máximo de informações que se julgue de interesse dos potenciais participantes.

Em caso de Procedimento de Manifestação de Interesse que vise à obtenção de estudos preliminares em favor do projeto de concessão, a Administração Pública pode se limitar a indicar a necessidade a ser satisfeita. O mínimo dos mínimos a ser bem esclarecido aos particulares interessados é o objetivo da Administração Pública com a delegação. Reclama-se então uma exposição aclarada da finalidade a ser buscada,

incluindo uma inclinação a respeito dos níveis de atendimento pretendidos. Sem isso, não há como se estruturar o projeto. Em apoio, o comentário de Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 15-16):

Não há dúvida de que o PMI é o momento para que a iniciativa privada apresente sua visão do negócio, permitindo ao setor público uma melhor compreensão sobre os conflitos de escolha inerentes ao processo de estruturação do projeto de PPP. Entretanto, este aspecto positivo do PMI não pode ser confundido com a indefinição do escopo do projeto. Cabe ao poder público delimitar seus objetivos (por exemplo, o nível de serviço a ser satisfeito pela futura concessionária). A premissa é que os fins do projeto de PPP sejam estabelecidos pelo governo, restando à iniciativa privada sugerir os meios para que os fins sejam alcançados. Ou seja, o PMI deve ser utilizado quando o poder público já tem alguma clareza sobre aspectos essenciais dos serviços públicos que pretende delegar à iniciativa privada. (2012, p. 15-16)

A esse propósito, o Decreto Federal nº 5.977/2006 indica que a solicitação para a apresentação dos estudos e projetos deverá ser acompanhada da delimitação do escopo desse material, podendo-se restringir a indicar tão somente o problema que se busca resolver, oportunidade em que os particulares interessados é que sugerirão os diferentes meios para solucioná-lo²⁴⁸.

Caso existam condicionantes discricionárias já conhecidas pela Administração Pública, a propósito da regulamentação pretendida para a concessão, deve-se dar notícia delas também. Não é necessário, neste momento, definir qual a modalidade de concessão a ser utilizada na futura licitação, uma vez que esta própria decisão pode advir da análise das modelagens jurídicas oferecidas pelos particulares. Nada obstante, a Administração Pública pode estabelecer os critérios mínimos que pretende sejam previstos no edital licitatório, como, por exemplo, o limite

²⁴⁸ Art. 2º [...] § 1º A solicitação deverá:

I - delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, podendo restringir-se a indicar tão-somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução;

máximo do prazo de vigência ou a inserção de cláusula compromissória como forma de resolução de disputas. Em outro exemplo, é comum que a Administração Pública já conheça do valor máximo admitido para a contraprestação pública (em caso de parceria público-privada). Por vezes os próprios editais que regulamentam o Procedimento de Manifestação de Interesse já estabelecem de antemão o percentual máximo para a contraprestação em caso de concessão patrocinada. Essas informações, caso existam, devem ser informadas no edital de solicitação de manifestação de interesse²⁴⁹.

Informações como essas são importantes porque somente é possível configurar a licitação pública e elaborar o seu edital após a fixação das regras concernentes ao regulamento da concessão. As condições da disputa, os critérios de julgamento e o conteúdo das regras

²⁴⁹ Leia-se, por exemplo o parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.977/2006, que costumeiramente é replicado nos decretos regulamentares estaduais: “Salvo decisão em contrário do CGP, a contraprestação pública nas parcerias público-privadas cujos estudos sejam recebidos nos termos deste Decreto não poderá exceder a trinta por cento do total das receitas do eventual parceiro privado.”. Restrições como essa não merecem elogios. Isso porque não guardam conformidade com o espírito do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois, por via oblíqua, acabam tolhendo a liberdade dos particulares para elaborar soluções mais eficientes, eventualmente compostas por percentuais maiores de contraprestação pública. A restrição genérica do modelo de remuneração – certamente um dos mais importantes atributos da concessão pública, sob o aspecto do concessionário – maltrata a essência do Procedimento de Manifestação de Interesse, aniquilando o reconhecimento do mérito de modelos possivelmente não considerados anteriormente pela Administração Pública. É despienda a tentativa de regulamentar por norma o mérito das propostas: o que deve ser regulamentado são os procedimentos, a gestão, as etapas, enfim, a condução das manifestações de interesse. Veja-se, por exemplo, que seguindo a regra estipulada, não seria possível apresentar a própria concessão patrocinada, que não raramente é considerada mais adequada ao atendimento do interesse público. Melhor seria se a regulamentação mantivesse o procedimento sem amarras de mérito, assumindo que o propósito do Procedimento de Manifestação de Interesse é estimular o particular a apresentar solução que considere a mais eficiente para atender a determinada necessidade da Administração Pública, e a predeterminação de características como o máximo de contraprestação pode impedir o recebimento de propostas eventualmente mais adequadas. De toda sorte, tornando mais amena esta crítica, merece destaque a ressalva, exprimida no início do dispositivo, de que a supradita limitação pode ser afastada por deliberação do órgão gestor.

editais estão sujeitos à regulamentação que será estabelecida para o objeto da concessão. Sem isso, torna-se impossível prever os encargos e os riscos a serem distribuídos, bem como o planejamento de viabilidade econômico-financeira da concessão. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 207)

É preciso muito cuidado para não delimitar exageradamente o conteúdo do material solicitado, contudo. Como ensina Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 261), em respeito às licitações públicas, a descrição do objeto é momento dos mais delicados. Por um lado, a Administração Pública não pode especificar demasiadamente o objeto, pois isso frustrará a maior participação no procedimento, por outro lado também não pode defini-lo de maneira excessivamente ampla, em razão de que a consequência será o recebimento de propostas díspares e menos úteis para a contemplação do interesse público.

A lógica vale também em Procedimento de Manifestação de Interesse. Com o apoio da experiência, dos casos análogos e dos estudos especializados, a Administração Pública deverá desenvolver a habilidade para acertar a exata medida do detalhamento e da delimitação do escopo dos estudos e projetos solicitados aos particulares, sem restringi-lo demasiadamente – para não ceifar a criatividade e a oportunidade dos particulares interessados –, mas sem delimitá-lo de forma genérica – o que levaria à ineficácia do Procedimento de Manifestação de Interesse, pelo alto índice de inutilização dos estudos e projetos.

A elaboração do termo de referência com o detalhamento e a delimitação dos estudos também confere à Administração a segurança de manter consigo o domínio sobre as informações que serão levantadas no Procedimento de Manifestação de Interesse, sem possibilitar que os particulares acentuem a assimetria de informações por ocasião da elaboração dos estudos, o que levaria ao risco de uma captura por ascendência técnica, peculiaridade apontada no capítulo anterior. Leia-se o comentário de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 11):

Quanto mais bem construído, detalhado e com sinalizações claras a respeito das expectativas, métodos de avaliação dos estudos e resultados que a autoridade pública espera alcançar com os estudos, menor será o espaço para que o setor privado reforce a superioridade de informações que detém ou deterá em relação ao setor público.

Além da definição de quais estudos deseja e de quais informações serão disponibilizadas aos interessados, a Administração Pública deve descrever o escopo desses estudos e elencar os produtos a serem

entregues, que provavelmente devem corresponder a cada uma categoria de estudos requerida. Ou seja, a Administração deve indicar no edital exatamente como será estruturada a subdivisão do projeto, para que cada subdivisão receba os seus respectivos produtos. Por exemplo, na categoria jurídica, que pode ser uma subdivisão do projeto maior, serão relacionados produtos como o conjunto de minutas dos instrumentos necessários para a modelagem (edital, contrato, regulamentos, anexos) e o parecer que justifica a possibilidade e a conveniência da estrutura jurídica prevista para a concessão.

A forma de apresentação desses produtos também deve ser indicada. É comum que a Administração Pública requeira a apresentação em formato físico (impresso) e em formato eletrônico. Os documentos entregues pela via eletrônica devem atender aos formatos abertos da informação digital, para que seja possível a edição de seu conteúdo, por *softwares* comuns, caso necessário, quando da definição da modelagem final do projeto. A Administração Pública poderá definir também algumas formalidades, como a organização do seu material em idioma nacional, em folhas timbradas, rubricadas e assinadas por representante devidamente habilitado para representar aquele participante.

Igualmente relevante é a definição no edital de solicitação de manifestação de interesse a respeito da possibilidade de apresentação completa ou parcial dos produtos solicitados pela Administração Pública. Explicando melhor, a Administração Pública pode exigir dos particulares interessados, como condição de recebimento do material, a apresentação conjunta de todos os produtos requeridos pelo edital de solicitação de manifestação de interesse. A vantagem disso é a manutenção de harmonia do material em virtude da notória interdependência com que se relacionam esses estudos. Evidentemente, a modelagem final da concessão deve manter coerência entre os diferentes subprojetos nela insertos. É no sentido do que anotou Bruno Ramos Pereira (2011, p. 13), mencionando que “estruturar um projeto de infraestrutura envolve diversos estudos de viabilidade (demanda, engenharia, ambiental, jurídico, econômico-financeiro). Tais estudos não são autônomos uns dos outros.”. A opção pela exigência de apresentação completa da modelagem tem como principal vantagem, então, propiciar que a Administração Pública receba projetos harmônicos, internamente coerentes, tornando mais célere o trabalho de consolidação para a modelagem final e, por consequência, o pretendido lançamento da licitação pública e a celebração do contrato de concessão.

Entretanto, as desvantagens que decorrem da vedação de apresentação parcial dos estudos e projetos também são significativas,

sobretudo em razão de afastar os particulares interessados que detenham menor capacidade econômica, que não conseguiriam suportar o custo para colaborar com suas manifestações. A participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, assim, ficaria concentrada entre os principais atores do setor em que se desenvolve a concessão, impossibilitando também que consultores independentes, especializados em algum único ramo científico, contribuam para a melhor modelagem. Demais disso, a harmonia que se requer dos estudos apresentados nem sempre representa a melhor solução para o interesse público, em vista de que estudos pontuais podem levantar questões ignoradas por estudos mais completos, mas essenciais para a tomada de decisão e para a consolidação da modelagem final. Assim, com o recebimento de estudos parciais, a Administração Pública pode confrontar as incongruências e receber maiores subsídios para consolidar o projeto. (PEREIRA, 2011, p. 13-14)

As desvantagens são muito significativas para serem ignoradas. A celeridade que se pretende alcançar com o Procedimento de Manifestação de Interesse não deve prejudicar o caráter democrático participativo que o instrumento se reveste. Não há razão que justifique impedir a participação de particulares que não tenham capacidade técnica ou econômica para a apresentação de uma modelagem integral. Poder-se-ia recorrer ainda ao ditado popular de que *a pressa é inimiga da perfeição*: não há por que ter tanta celeridade para estruturar um projeto que durará décadas, não ao preço da restrição de participação. É o que Juarez Freitas (2009, p. 20) alerta como o dever de “sólida resistência às pressões espúrias do imediatismo”. Como regra, então, defende-se que os particulares interessados devem poder apresentar soluções parciais para a modelagem, o que significa que não se deve solicitar a entrega de projetos integrais da modelagem da concessão, mas que se deve aceitar também os produtos dos estudos e projetos de forma independente, nem que para a consolidação final a Administração Pública requeira período maior ou até recorra à contratação de consultor especializado para lhe auxiliar. Em qualquer dos casos, e mais especialmente se optar pela apresentação integral do projeto, a Administração Pública deverá justificar a sua opção, declinando as razões pelas quais deixou a cargo dos interessados a modelagem completa do projeto ou pelas quais permitiu a participação por meio da entrega de estudos e projetos parciais²⁵⁰.

²⁵⁰ Em apoio ao entendimento: “Outro fator que influencia a maior ou menor participação dos interessados nos PMIs é a exigência de apresentação do pacote

Demais disso, além dos produtos que serão solicitados, a depender da complexidade e da natureza do objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse, será conveniente que a Administração Pública agende sessões públicas, após o recebimento do material, para as apresentações finais dos estudos, a serem expostas pelos participantes, que poderão se utilizar, por exemplo, de recursos audiovisuais para melhor destacar as peculiaridades de seu projeto. Caso lhe seja interessante contar com essas exposições orais, deverá indicar as datas previstas no cronograma do procedimento.

Como já se anunciou, a Administração Pública pode contratar, por conta própria, estudos técnicos alternativos ou complementares aos autorizados pelo Procedimento de Manifestação de Interesse, ato que, inclusive, em casos mais complexos, deve ser estimulado para o recolhimento dos efeitos de posterior comparação dos resultados, que podem servir como parâmetros para a avaliação das soluções.

Enfim, os gestores públicos gozam de liberdade significativa para adaptar o procedimento às suas necessidades. Quaisquer que sejam as opções do edital, no entanto, por vinculação à obrigatoriedade de motivação legítima dos atos administrativos, deverão todas ser acompanhadas da devida fundamentação, submetendo-se o seu conteúdo ao crivo popular e evitando-se potencialmente a censura por parte dos órgãos de controle ou dos possíveis interessados.

5.4.3.3 O prazo para o requerimento de autorização para participação e para os pedidos de esclarecimento

O edital de solicitação de manifestação de interesse deverá indicar *prazo para que os particulares apresentem o requerimento de*

global ou a possibilidade de apresentação parcial dos estudos de viabilidade. Parece-nos que uma maior flexibilidade em relação a este tema amplia a qualidade da informação que o poder público receberá nos PMIs. Nesse sentido, a possibilidade de apresentação de estudos parciais abriria espaço para que uma gama maior de entidades privadas pudesse participar. Seria o caso, por exemplo, de um particular especializado que eventualmente teria um ótimo estudo ambiental para apresentar ao poder público, mas que deixa de participar por não ter viabilidade de realizar o pacote global de estudos. Assim, há um forte risco de que a exigência de estudos globais exclua potenciais participantes que poderiam contribuir em pontos específicos de maneira relevante.” (PEREIRA et al, 2012, p. 21)

autorização para participação no Procedimento de Manifestação de Interesse. O requerimento de autorização deve ser apresentado na forma prevista pelo edital, acompanhado dos documentos condicionantes para a participação.

Como forma de propiciar a ampla participação dos interessados, é conveniente que a Administração Pública também receba os requerimentos de autorização à distância, por correio comum ou eletrônico.

Este prazo é de cunho estrutural do procedimento e marca o início dos trabalhos de acompanhamento por parte da Administração Pública, a partir do qual serão analisados e processados os requerimentos de autorização e se poderá dar início à orientação mais próxima para a elaboração dos estudos e projetos pelos interessados.

A eventual perda desse prazo pelo particular interessado não faz perecer o seu direito de participar do procedimento, mas tão somente desobriga a Administração Pública de conferir tratamento equânime àqueles que não manifestaram o interesse em participar no prazo previsto, na medida do que já houver passado no procedimento. O particular interessado em participar de Procedimento de Manifestação de Interesse em andamento não terá o direito de exigir da Administração Pública, por exemplo, o mesmo prazo para a elaboração dos estudos e projetos ou o recebimento de material cuja data estipulada já escoou; o interessado deixará de participar de fases eventualmente já superadas pelos participantes, que podem dizer respeito a apresentações sobre o projeto, ao período de realização de diálogos abertos com os interessados ou mesmo à avaliação e seleção parcial de material já recebido.

O prazo para o requerimento de autorização para a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse é estipulado pela Administração Pública, costumando variar entre 15 e 45 dias, a depender principalmente da complexidade dos documentos exigidos para a qualificação, tendo em vista que é comum se exigir uma descrição pormenorizada dos elementos dos estudos e projetos que o particular pretende desenvolver²⁵¹.

É recomendável também que se indique *as formas e o prazo para que os interessados possam requerer esclarecimentos a respeito do*

²⁵¹ Neste sentido: “Em geral, o prazo para cadastramento e pedido de autorização para apresentação de estudos não ultrapassa o período de 30 dias, em grande parte dos casos sendo de 15 dias.” (PEREIRA et al, 2012, p. 17)

*conteúdo do edital de solicitação de manifestação de interesse*²⁵². Os pedidos de esclarecimento podem ser recebidos por protocolo físico, por fax ou por correio eletrônico. Igualmente, deve-se apontar as formas e o prazo para que a Administração Pública responda aos pedidos de esclarecimento, o que ser objeto de ampla publicidade.

5.4.3.4 O prazo para a apresentação do material à Administração Pública

O prazo para a apresentação dos estudos e projetos também deve constar do edital de solicitação de manifestação de interesse, sendo que a sua amplitude deve variar em razão da complexidade, das articulações e das licenças necessárias para a implementação dos estudos autorizados²⁵³. O marco inicial do prazo deve corresponder ao dia seguinte à outorga da autorização para a participação.

Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado relatam em sua pesquisa que o prazo para apresentação dos estudos e projetos em Procedimentos de Manifestação de Interesse promovidos pelos Estados entre 2007 e setembro de 2012 costumaram variar entre períodos de 60 a 240 dias. (PEREIRA et al, 2012, p. 17)

Assim, estima-se que naqueles procedimentos em que se busca apenas estudos preliminares para dar suporte às definições de um futuro projeto o prazo deverá ser menor do que naqueles outros em que a Administração Pública espera receber estudos e projetos que abranjam a integralidade da modelagem.

Nada obstante, como já se adiantou, é possível que a Administração Pública estabeleça um cronograma de etapas de recebimento desses estudos, indicando datas parciais para a entrega dos produtos. Dito de outra forma, não há nada que impeça que a Administração Pública opte pela entregas fracionadas dos estudos.

²⁵² Por analogia, o teor do inciso VIII do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/1993: VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

²⁵³ Neste sentido, o parágrafo 4º do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.977/2006: Art. 2º [...] § 4º No estabelecimento do prazo para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, dever-se-á considerar a complexidade, as articulações e as licenças necessárias para sua implementação.

Assim, ainda durante o período em que é promovido o Procedimento de Manifestação de Interesse, a Administração Pública já pode iniciar etapas parciais de recebimento, avaliação, seleção e consolidação dos estudos, o que pode lhe permitir melhor gerenciar o encaminhamento e a consolidação do projeto final.

Como situação exemplificativa, referencie-se o cronograma de atividades previsto para o Procedimento de Manifestação de Interesse lançado pela Administração Pública federal em 4 de março de 2013, em que foram solicitados estudos para a estruturação de projeto de parceria público-privada para a construção de empreendimentos residenciais e comerciais a fim de atender ao pessoal que comporá as instalações das Organizações Militares do Complexo Naval em Itaguaí, Estado do Rio de Janeiro. Perceba-se que há uma correspondência clara entre as categorias de estudos, o prazo para entrega e os produtos esperados, o que, neste edital, é ainda complementado pelas descrições contidas no termo de referência:

SOLICITAÇÃO DE PROPOSTAS Nº 01/2013²⁵⁴

ATIVIDADE	PRAZO (contados da autorização)	PRODUTO
Elaboração de Estudos de Demanda	45 dias	Estudos de Demanda
Elaboração de Estudos de Arquitetura e Engenharia	150 dias	Estudos de Arquitetura e Engenharia
Elaboração de Estudos Socioambientais	150 dias	Estudos Socioambientais
Elaboração de Avaliação Econômica	180 dias	Avaliações Econômicas
Elaboração de Modelagem do Negócio e Avaliação Financeira	210 dias	Modelagem do Negócio e Avaliação Financeira
Elaboração de Modelagem Jurídica	225 dias	Modelagem Jurídica e Resumo Executivo

Leonardo Melhorato Grilo e Rubens Teixeira Alves (2011, p. 29) comentam que uma opção a ser considerada pela Administração Pública é a organização de rodadas sucessivas de manifestações de interesse, com

²⁵⁴ Disponível em:

http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/complexoitaguaimodulo_1/arq_do_wn/anexoI_termo_referencia_pnrs.pdf Acessado em 16 mar. 2013

exigências e detalhamentos cada vez mais definidos, a partir da consolidação parcial dos estudos e projetos em cada etapa, até que a colaboração dos particulares interessados seja suficiente para definir o projeto final. Nesse processo de modelagem por etapas, é crível supor que a Administração Pública conseguirá absorver com mais atenção os interesses dos potenciais licitantes e dos demais interessados representantes da sociedade civil.

Exemplar desse modelo foi o Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2012, do Estado de Santa Catarina, já referenciado, que solicitou projeto de parceria público-privada para a estruturação da quarta ligação viária entre a Ilha de Santa Catarina e o continente, e deu origem ao Procedimento de Manifestação de Interesse nº 002/2012²⁵⁵, o qual se utilizou das doze propostas recebidas pelo primeiro procedimento para subsidiar a formatação do termo de referência do segundo, em andamento.

Bruno Ramos Pereira (2011, p. 15) também comenta a possibilidade de que, ao longo do Procedimento de Manifestação de Interesse, a Administração Pública defina as datas do cronograma, de modo a permitir que os interessados em oferecer estudos específicos sobre uma determinada área do conhecimento possam receber, da própria Administração, os estudos prévios a serem empregados como insumo para aquela etapa. Assim, por exemplo, os interessados em oferecer os *estudos de viabilidade econômico-financeira* poderiam se valer dos *estudos de demanda* já avaliados e considerados como adequados pela Administração Pública.

Afora essa possibilidade, ainda o autor Bruno Ramos Pereira, em conjunto com Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 17), relata também que em alguns Procedimentos de Manifestação de Interesse a Administração Pública opta por um formato concentrado de participação, em que o cadastramento do participante no procedimento se dá ao mesmo tempo do recebimento definitivo dos seus estudos e projetos. Ou seja, não há um período de vigência do termo de autorização. Este formato pode ser bem empregado em Procedimentos de Manifestação de Interesse cujo escopo dos trabalhos será menos complexo, que não necessita de um acompanhamento próximo da Administração Pública ou de reuniões para diálogos. Nas ocasiões em que durante o período de elaboração dos estudos ocorrerem eventos de maior aproximação entre os particulares e

²⁵⁵ Disponível em:

http://www.separcerias.sc.gov.br/pmi/upload/pmi_02_2012.pdf Acesso em 16 mar. 2013

a Administração Pública, o mais adequado é que as etapas de cadastramento (requerimento e outorga da autorização ao particular) e de apresentação do material sejam distintas, para que haja o devido controle e a organização formal sobre a atuação dos participantes, com as respectivas publicações das autorizações na Imprensa Oficial e no sítio eletrônico da entidade promotora.

Os autores também mencionam que no Distrito Federal houve um cadastramento prévio e amplo de interessados em participar de Procedimentos de Manifestação de Interesse, sem que houvesse uma delimitação dos escopos dos projetos. Assim, formou-se um banco de dados para a posterior emissão de autorizações aos cadastrados para apresentação de estudos sobre projetos específicos (PEREIRA et al, 2012, p. 17). A medida é inovadora e interessante, ressaltando-se, apenas, que essa conduta não exime a Administração Pública de promover a ampla divulgação de seus Procedimentos de Manifestação de Interesse, de maneira a permitir o ingresso também daqueles potenciais interessados que não constem de seu banco de cadastrados.

5.4.3.5 Os critérios para a avaliação

Em primeiro lugar, o instrumento convocatório do Procedimento de Manifestação de Interesse deve esclarecer quais são as características mínimas condicionantes à aceitação, ou seja, as condições formais determinantes sem as quais os estudos e os projetos jamais serão aceitos, que podem estar relacionados com o formato de apresentação ou a natureza dos produtos estabelecidos como obrigatórios na definição do escopo do objeto.

Junto com estes, devem ser restabelecidos os critérios objetivos de avaliação do mérito dos estudos. Em âmbito federal, os critérios de avaliação estabelecidos pela norma regulamentadora do Procedimento de Manifestação de Interesse foram os seguintes: (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; (iii) compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelos órgãos setoriais ou pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP; (iv) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares; (v) compatibilidade com a legislação aplicável ao setor; (vi) impacto do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico da

região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável; (vii) demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes. No âmbito estadual é frequente que a regulamentação seja muitíssimo similar.

Não basta que a Administração Pública simplesmente replique os critérios estabelecidos na norma regulamentadora. É que carece da objetividade máxima possível que deve ser perseguida por força do princípio do julgamento objetivo o uso de termos como “consistência das informações”, “melhores técnicas de elaboração”, “razoabilidade dos valores apresentados”, “impacto do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico”, “demonstração comparativa de custo e benefício”. São todos valores bastante subjetivos, naturalmente, mas que podem ser melhores ajustados ao princípio do julgamento objetivo.

Para que se possa amainar a subjetividade, a Administração Pública não deve se valer desses conceitos genéricos, válidos para quaisquer Procedimentos de Manifestação de Interesse, por si sós. Estes critérios devem ser associados ao detalhamento dos estudos a serem empreendidos, que também devem contar do edital de solicitação de manifestação de interesse. Ou seja, deve-se estabelecer os parâmetros de avaliação para o caso concreto, em paralelo com as indicações sobre o escopo dos estudos pretendidos. A Administração Pública deverá recitar ao longo do edital de solicitação de manifestação de interesse, por exemplo, as normas técnicas que levará em conta na avaliação das *melhores técnicas de elaboração*, deve anunciar quais diligências serão realizadas para avaliar a *consistência das informações*, deve delimitar a região que será considerada para se avaliar o impacto socioeconômico, quais desses critérios todos serão os mais relevantes, qual a medida de ponderação entre eles. Enfim, os critérios gerais estabelecidos na norma regulamentadora devem ser destrinchados o máximo possível e relacionados com o escopo dos estudos requeridos, até para que sirvam como guia para os interessados durante a elaboração dos estudos e projetos. Sem critérios minimamente objetivos, não haverá segurança para a participação.

A relevância que se denota da etapa de definição dos critérios que pautarão a avaliação dos estudos é comentada também por Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado (2012, p. 19), com ênfase na segurança que conferem à tomada de decisão dos particulares sobre a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse:

Por fim, a definição dos critérios para a seleção dos estudos de viabilidade apresentados é um ponto crucial no incentivo ou desestímulo à participação

da iniciativa privada nos PMIs. O edital de PMI deve estabelecer de modo detalhado os critérios de seleção e ressarcimento dos melhores estudos, para que, assim, a iniciativa privada possa avaliar de forma mais plena o seu interesse em participação do PMI. Estes pontos são relevantes para que o poder público possa obter a melhor informação sobre o projeto objeto do PMI, incentivando a participação de novas empresas, que não estão acostumadas com o procedimento e com o próprio regime dos contratos de PPP, mas que são especialistas nos serviços que o poder público quer contratar. (PEREIRA et al, 2012, p. 19)

Junto a isso, até para que seja possível exercer algum controle sobre a avaliação, os interessados devem conhecer o peso de cada critério para a avaliação final. É pertinente, portanto, que a Administração Pública se utilize de planilhas para a pontuação de cada critério, devidamente publicada no edital de solicitação de manifestação de interesse. Veja-se, para ilustrar, como é apresentada uma planilha de avaliação em Procedimento de Manifestação de Interesse promovido pelo Estado da Bahia²⁵⁶:

PMI SEPLAN/BA Nº 001/2010

CRITÉRIOS DE PONTUAÇÃO PARA SELEÇÃO DE PROJETOS E ESTUDOS

Os estudos de concepção apresentados (itens 1 e 2 do Anexo 1) serão avaliados, individualmente, segundo os seguintes critérios de pontuação:

<i>Crítérios</i>	<i>Pontuação máxima</i>
<i>1. Avaliação metodológica</i>	
<i>Consistência de dados e informações utilizadas</i>	<i>10</i>
<i>Adoção de melhores técnicas e metodologias</i>	<i>10</i>
<i>Compatibilidade com a legislação em vigor</i>	<i>10</i>
<i>2. Avaliação econômico-ambiental</i>	
<i>Análise de viabilidade econômico-financeira e de custo/benefício</i>	<i>40</i>

²⁵⁶ Trata-se do PMI SEPLAN/BA Nº 001/2010, cujo objeto se destinava à realização de Estudos Preliminares de Viabilidade Técnica, Ambiental, Econômico-Financeira e Jurídica para a estruturação de projeto de construção e concessão do Sistema Viário Oeste.

<i>Análise comparativa de impacto ambiental</i>	<i>20</i>
<i>3. Custos dos estudos</i>	
<i>Razoabilidade dos valores apresentados para ressarcimento</i>	<i>10</i>
4. Total	100

As avaliações de impacto apresentadas (itens 3, 4 e 5 do Anexo 1) serão apreciadas, individualmente, segundo os seguintes critérios de pontuação:

<i>Critérios</i>	<i>Pontuação máxima</i>
<i>1. Avaliação metodológica</i>	
<i>Consistência de dados e informações utilizadas</i>	<i>25</i>
<i>Adoção de melhores técnicas e metodologias</i>	<i>25</i>
<i>Compatibilidade com a legislação em vigor</i>	<i>25</i>
<i>2. Custos dos estudos</i>	
<i>Razoabilidade dos valores apresentados para</i>	<i>25</i>
3. Total	100

Em suma, o edital de solicitação de manifestação de interesse deve estabelecer quais serão os critérios objetivos de avaliação e de seleção dos estudos e projetos apresentados pelos particulares interessados. Remete-se a leitura ao tópico pertinente à avaliação e à seleção desses estudos, mais adiante, onde são tecidas maiores considerações a respeito do tema²⁵⁷.

5.4.3.6 O valor para o eventual ressarcimento

Os decretos regulamentadores do Procedimento de Manifestação de Interesse designam um limite máximo para o valor total do eventual ressarcimento devido pelo vencedor da licitação pública ao participante que tiver os seus estudos e projetos selecionados e efetivamente empregados para a elaboração do certame. Ou seja, o eventual ressarcimento não necessariamente corresponderá à integralidade dos

²⁵⁷ Ver 5.4.7. *A avaliação e a seleção dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse*

recursos empregados pelo particular na produção dos estudos e projetos, há uma limitação.

O parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.977/2006, por exemplo, restringe a compensação pelo vencedor da licitação em dois e meio por cento do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da parceria público-privada. Alguns entes da federação estabeleceram limites mais flexíveis, como o Estado de Santa Catarina, onde o valor máximo foi estipulado em de três e meio por cento do total estimado para a implementação do empreendimento, conforme o parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 962/2012.

Embora essa limitação não seja prevista em lei, qualifica-se como uma opção da Administração Pública que não se desvia do que pode ser considerado como razoável e pertencente à sua discricionariedade administrativa para regulamentar a aplicação do instituto. É um parâmetro pré-fixado pela Administração Pública que informa ao particular, desde o início do procedimento, que o que dali ultrapassar não será ressarcido – o que requer então uma renúncia do eventual direito ao ressarcimento do que sobejar o limite –, ou, lhe informa que caso não aceite o ressarcimento a menor, o respectivo estudo não será selecionado.

Como em muitas oportunidades não é possível estimar o valor exato a ser investido para a implementação da concessão comum ou da parceria público privada e como é oportuno que os particulares interessados tenham conhecimento antecipado sobre o limite do ressarcimento, a Administração Pública pode e costuma fixar um valor máximo, expresso em moeda corrente, já no instrumento de convocação, esquivando-se do percentual sobre o contrato, o que é uma prática recomendável. Em todos os casos, o valor elencado como limite de ressarcimento deve ser justificado tecnicamente.

É possível também que cada produto solicitado pelo edital de solicitação de manifestação de interesse corresponda a um valor máximo de ressarcimento. O estabelecimento de limites parciais para o ressarcimento é conveniente para os Procedimentos de Manifestação de Interesse em que a Administração Pública permite a apresentação parcial dos estudos – o que se reputa como adequado e como a regra geral a ser observada. Nesse caso, o valor para ressarcimento conterá o seu valor global e os valores unitários de cada produto (estudo ou projeto).

Os comentários a respeito da possibilidade de se promover Procedimento de Manifestação de Interesse sem que haja o direito de

ressarcimento, bem como sobre a valoração dos estudos e o momento do ressarcimento encontram-se em tópicos específicos mais adiante²⁵⁸.

5.4.3.7 Exigência de cessão dos direitos patrimoniais autorais dos estudos e projetos

Outro tópico que diz respeito ao conteúdo do edital de solicitação de manifestação de interesse relaciona-se com a exigência de cessão dos direitos de propriedade intelectual dos estudos e projetos apresentados pelos particulares. A Administração Pública deve exigir que o particular reconheça a titularidade integral sobre os estudos produzidos, assim como a cessão dos direitos autorais patrimoniais dos estudos e projetos caso sejam selecionados para a estruturação do projeto definitivo. Ao impor a obrigação de reconhecimento da titularidade e de responsabilidade sobre os estudos, a Administração Pública se preserva diante de possíveis litígios que envolvam o seu conteúdo²⁵⁹. Do mesmo modo, deve-se exigir o consentimento do particular para a divulgação integral desses estudos, que se dará em momento anterior à avaliação de mérito de seus conteúdos, o que é pressuposto para a observância da transparência pela Administração Pública em seus procedimentos administrativos para a seleção de projetos de delegação de utilidades públicas.

A exigência se coaduna com a característica de isenção de custos por parte da Administração Pública para o custeamento das manifestações de interesse e encontra fundamento no artigo 111 da Lei nº 8.666/1993²⁶⁰,

²⁵⁸ Ver 5.4.8 *O ressarcimento dos dispêndios havidos com a elaboração dos estudos e projetos*

²⁵⁹ A exigência de cessão dos direitos patrimoniais autorais parece praxe da Administração Pública em seus Procedimentos de Manifestação de Interesse: “Observamos que, via de regra, os PMIs deixam expressamente estabelecido que a sua realização não garante o aproveitamento dos estudos e que os custos derivados da produção dos estudos serão arcados integralmente pelo interessado que se cadastrou. Outra constante é a disposição quanto à cessão dos direitos de propriedade intelectual dos estudos, sendo que são poucos os casos em que não há determinação de cessão compulsória.” (PEREIRA et al, 2012, p. 18)

²⁶⁰ Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

segundo o qual a Administração Pública só poderá receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os seus direitos patrimoniais a ele relativos. Ressalte-se que a transferência dos direitos de propriedade intelectual restringe-se aos estudos efetivamente empregados na formatação final do projeto.

Ressalve-se que a cessão dos direitos autorais patrimoniais refere-se somente ao conteúdo dos estudos e dos projetos, mas isso não inclui transferência de direitos relativos à propriedade industrial, como patentes de invenção e de modelo de utilidade ou registros de desenho industrial, tampouco concede direito à Administração de exigir informações outras que não aquelas registradas dos estudos e projetos apresentados²⁶¹.

5.4.3.8 A publicidade do edital de solicitação de manifestação de interesse

Em virtude do dever de observância da isonomia e de publicidade dos atos administrativos, exige-se a ampla divulgação do Procedimento de Manifestação de Interesse. Uma das características mais marcantes do procedimento é justamente a concepção de que o seu sucesso depende de práticas que se coadunem com a mais ampla transparência administrativa, como já foi noticiado exaustivamente no capítulo anterior.

A Administração Pública deve publicar na Imprensa Oficial a íntegra do edital ou, caso não seja adequado, somente o seu aviso. O aviso de edital é um convite destinado aos possíveis interessados, que tem o objetivo de noticiar que haverá o procedimento. Deve ser acompanhado de um resumo que indique as informações básicas do procedimento, a sua finalidade, as formas de contato para o esclarecimento de informações complementares e o prazo para que os interessados manifestem interesse.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

²⁶¹ Neste sentido, Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p.2): “Proprietary rights to techniques or engineering technologies should not be confused with the intellectual property rights of the project itself.”

Neste caso, o aviso do edital de solicitação de manifestação de interesse deve seguir por analogia os mesmos termos do artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/1993²⁶². Essa publicação deverá conter a indicação do endereço local e do endereço eletrônico em que os interessados poderão obter o texto integral e todas as informações referentes ao Procedimento de Manifestação de Interesse.

Agregue-se a isso o entendimento de que, em respeito ao cumprimento rigoroso que se deve às práticas de transparência na Administração Pública, a publicação integral do edital de solicitação de manifestação de interesse e seus anexos deve ser também promovida por meio eletrônico, no sítio eletrônico do órgão ou da entidade responsável pela condução do procedimento e, se houver, no sítio eletrônico específico para os projetos de desestatização daquele ente federativo.

Embora o Decreto Federal nº 5.977/2006 indique que a publicação somente é obrigatória no Diário Oficial da União, restando a divulgação na rede mundial de computadores e em jornais de grande circulação às conveniências da Administração Pública, entende-se que, em razão da ausência de custos significativos e do notório proveito que segue a sua ampla divulgação, a publicação integral do edital e de seus anexos na rede mundial de computadores será sempre conveniente ao interesse público

²⁶² Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

e, portanto, obrigatória. Nada obstante, a Administração Pública poderá informar diretamente os veículos da imprensa a respeito do lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse, a fim de angariar o máximo de interessados em participar do procedimento. É recomendável também que veicule a abertura do procedimento em mídia de grande circulação, publicando em jornais da região ou anunciando em outros veículos de mídia²⁶³. Do mesmo modo, sempre que possível, é conveniente apresentação simplificada do projeto no sítio eletrônico oficial do ente promovedor, em conjunto ao edital e seus anexos, para que seja facilitada a assimilação das informações do projeto pela população em geral.

5.4.4 A autorização para que os particulares interessados participem do Procedimento de Manifestação de Interesse

O artigo 21 da Lei Federal nº 8.97/1995 utiliza expressão que reconhece a existência de autorização por parte da Administração Pública para que estudos sejam realizados por terceiros. Para que não se compreenda o dispositivo equivocadamente, convém investigar a amplitude e o porquê dessa autorização.

A conclusão é a seguinte: a referida autorização não é condição para que os particulares elaborem estudos e projetos pertinentes à delegação da prestação de alguma utilidade pública, é condição apenas

²⁶³ Neste sentido: “O primeiro aspecto a ser destacado é referente à publicidade dos procedimentos. O PMI que não conta com uma estratégia de divulgação ativa por parte do poder público e que não disponibiliza os respectivos documentos de referência de forma eficiente, dificilmente conseguirá alcançar de modo abrangente os potenciais parceiros privados, restringindo os possíveis participantes àqueles que monitoram de forma mais próxima as decisões governamentais sobre PPPs ou às empresas que tenham apresentado Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) originadoras de PMIs. A administração pública deveria estabelecer canais de comunicação e centros de informação mais estruturados sobre os PMIs, como, por exemplo, páginas eletrônicas que concentrem todas as informações sobre o tema. Publicar um PMI significa desenvolver mercados por intermédio do engajamento antecipado de potenciais interessados na licitação. Quanto mais informações forem disponibilizadas, mais o poder público estará contribuindo para que o nível de competição seja maior na futura licitação. (PEREIRA et al, 2012, p. 20)”

para a participação em Procedimento de Manifestação de Interesse que preveja o direito de ressarcimento por estudos e projetos realizados e empregados na respectiva licitação pública²⁶⁴.

Não existe lei que proíba os particulares de estudarem a Administração Pública, de levantarem ideias para dar soluções às necessidades da Administração Pública. Nada impede que particulares estruturem projetos para a modelagem de concessão comum ou de parceria público-privada e apresentem à Administração Pública. Todos os homens são livres para se dedicarem ao estudo sobre o que bem entenderem. A liberdade de aplicação das faculdades intelectuais às coisas é direito fundamental do indivíduo. O inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal registra esse direito ao assegurar ser livre a expressão da atividade intelectual, independentemente de censura ou licença. Em adição, o inciso II do mesmo artigo determina que ninguém será obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei²⁶⁵.

A razão pela qual se exige a autorização da Administração Pública é outra. É que em Procedimento de Manifestação de Interesse em que há previsão de direito de ressarcimento pelos dispêndios havidos com a elaboração dos estudos e projetos empregados na licitação pública, o particular somente poderá gozar desse eventual direito caso seja prévia e expressamente autorizado para tanto. A natureza da vinculação da autorização prevista no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 ao direito de ressarcimento pode ser percebida claramente no inciso VII do artigo 3º do Decreto Federal nº 5.385/2005, que instituiu o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP:

Art. 3º Compete ao CGP: [...]

VII - autorizar a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por

²⁶⁴ Versa-se a respeito de Procedimento de Manifestação de Interesse sem direito de ressarcimento no tópico 5.4.8 *O ressarcimento dos dispêndios havidos com a elaboração dos estudos e projetos*, mais adiante neste capítulo.

²⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

pessoas físicas ou jurídicas não pertencentes à Administração Pública direta ou indireta, que possam ser eventualmente utilizados em licitação de parceria público-privada, desde que a autorização se relacione com projetos já definidos como prioritários pelo CGP, com o intuito de permitir o ressarcimento previsto no art. 21 da Lei no 8.987, de 1995;

Está expresso o intuito maior da autorização: permitir o ressarcimento previsto no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Logo, é dessa autorização que trata artigo mencionado, e não de autorização para a simples elaboração de estudos e projetos²⁶⁶.

Contudo, para efeitos de organização, é pertinente também que a Administração Pública mantenha o conhecimento e o controle sobre os particulares que participam do Procedimento de Manifestação de Interesse. Assim, independentemente do direito de ressarcimento, é costume que sejam conferidas “autorizações” para que os particulares deles participem, o que representa o aceite da Administração Pública, que devem ser outorgadas sempre que o interessado se sujeitar às condições do procedimento.

Como exemplo de que a autorização não é condição para a realização de estudos e de que, na prática, isso é percebido, noticiou-se no item anterior a existência de Procedimento de Manifestação de Interesse em que só existe o prazo de entrega da documentação. Ou seja, naquele caso, houve concomitância do momento em que é efetuado o cadastrado do interessado e em que há o recebimento de seus estudos; logo, não houve período de vigência da autorização, porquanto os estudos foram elaborados e recebidos sem que o particular portasse uma

²⁶⁶ Em apoio, o entendimento de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro (2007, p. 333): “Como ponto de partida, percebe-se que, evidentemente, não é preciso qualquer autorização do Poder Público para que os particulares promovam investigações e realizem estudos sobre projetos de interesse público. A disciplina legal do assunto existe, em primeiro lugar, para viabilizar o ressarcimento daquele que realizou os estudos, investigações e levantamentos, por meio da inclusão pelo Poder Público, no edital de licitação de PPP, da obrigação do parceiro privado vencedor da licitação de realizá-lo; e, em segundo lugar, para excepcionar o princípio constante do art. 9, II, da Lei 8.666/1993, que impede que quem elaborou os projetos participe da licitação de PPP ou concessão comum por aquele que fez projeto básico ou executivo de engenharia.”

autorização (pessoal e intransferível), embora estivesse autorizado por conta do edital. Em suma, isso representa o que antes se anunciou: a autorização não é condição imposta por lei para a elaboração dos estudos, tampouco para o recebimento deles. É, antes, uma conveniência de gerência do procedimento e, nos devidos casos, uma garantia ao particular de que terá o seu direito ao ressarcimento caso os estudos sejam selecionados e empregados na licitação pública.

De forma sintética, é recomendável que a autorização da Administração Pública qualifique-se como condição para que os particulares sejam aceitos no Procedimento de Manifestação de Interesse por três motivos principais: (i) para que, se for o caso, possam adquirir o eventual direito de ressarcimento que eventualmente originar dessa participação; (ii) para que possam anuir com as condições do procedimento e com isso conferir segurança jurídica e renunciar direitos à Administração Pública, como, por exemplo, com a transferência dos direitos autorais patrimoniais sobre os estudos e com a anuência de que a participação é voluntária e não gera, por si só, direitos; (iii) para que a Administração Pública possa organizar o procedimento, institucionalizá-lo, formalizá-lo, manter controle sobre as etapas, conhecer e colher informações sobre o perfil dos participantes, colaborar com o que for possível e tratar tudo e todos com isonomia e transparência. Trata-se, portanto, de formalidade bastante recomendável, para não dizer necessária, e que deve – a autorização – ser pessoal e intransferível. Os decretos regulamentadores costumam condicionar a participação dos interessados à obtenção da autorização; nesses casos, será sempre obrigatória no âmbito de sua abrangência.

Pois bem, a regulamentação da outorga de autorização para elaboração de estudos e projetos está prevista entre os artigos 3º e 8º do Decreto Federal nº 5.977/2006, que servem como referência para o tema.

Como já se apresentou, a autorização não pode ser conferida com exclusividade a um único particular, em respeito ao dever de observância da isonomia. Tampouco essa autorização gera qualquer direito de preferência para a outorga da concessão ou de se exigir a licitação pública, por ausência de previsão legal que reconheça esses direitos e pela existência de previsões normativas que preveem justamente o oposto. A autorização também não gera, por si só, o direito de se demandar o ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração dos estudos e projetos.

Para que a Administração Pública possa se organizar de forma a controlar o procedimento e para que possa conhecer os participantes,

algumas informações de qualificação devem ser requeridas como condição de obtenção da autorização.

Esses requisitos são válidos tanto para Procedimento de Manifestação de Interesse lançado pela Administração Pública como em caso de proposta espontânea para a produção ou apresentação de estudos, em que o particular demanda a autorização da Administração Pública sem ser previamente convocado²⁶⁷. Registre-se que, em âmbito federal, as solicitações espontâneas de autorização para a elaboração de estudos e projetos de delegação de utilidades públicas, sem respaldo em Procedimento de Manifestação de Interesse lançado, são sumariamente recusadas, como determina o parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto Federal nº 5.977/2006. Essas solicitações espontâneas, largamente aceitas pelos regulamentos estaduais, como já apontado alhures, representam o que comumente se denomina por Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) ou por Propostas Não Solicitadas (PNS), assunto que será exposto no próximo item.

O edital de solicitação de manifestação de interesse deve requerer como condições para a obtenção da autorização as informações relacionadas com a qualificação completa do interessado, seja pessoa física ou pessoa jurídica. Isso inclui o nome completo, a profissão ou o ramo de atividade, o registro sob o Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou sob o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, o endereço físico e eletrônico, números de contato telefônico, fax, dentre outras informações constantes dos documentos de identificação. As informações cadastrais devem ser mantidas atualizadas perante o órgão ou entidade promotora do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Caso o requerimento da autorização seja apresentado em resposta a um Procedimento de Manifestação de Interesse lançado pela Administração Pública, o particular deve fazer referência ao número de registro do procedimento e seguir as eventuais especificidades do seu edital; como é recomendável que exista algum formulário para auxiliar o preenchimento desse requerimento, caso existir, basta que o particular siga as suas diretrizes.

Bruno Ramos Pereira (2011, p. 17) comenta que para que a Administração Pública conheça melhor os interessados é viável que solicite informações cadastrais complementares, como a relação dos técnicos responsáveis pelos estudos, uma declaração a respeito de quem

²⁶⁷ A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) é tratada no próximo item.

é o patrocinador, a forma de financiamento da realização dos estudos (capital próprio ou de terceiros) e a informação concernente ao interesse de participar da eventual licitação, caso o estudo produzido seja selecionado e empregado na licitação pública.

Também é pertinente que a Administração Pública solicite aos interessados no Procedimento de Manifestação de Interesse a apresentação de documentos que atestem a experiência do particular interessado nas áreas compreendidas pelos estudos e projetos que pretende desenvolver, como a apresentação de currículos e de informações sobre projetos passados. Essa comprovação, embora não deva ser condicionante para a participação, confere à Administração Pública maior segurança sobre a solidez dos estudos, o que poderá ser considerado na etapa de avaliação e seleção do material – desde que elencado como um dos critérios objetivos de avaliação.

Por fim, a solicitação de autorização deve ser acompanhada do detalhamento das atividades que o particular interessado pretende desenvolver. Ou seja, deve ilustrar qual o seu plano de elaboração dos estudos e projetos, inclusive apresentando um cronograma de suas atividades e as datas de conclusão de cada etapa. Esse plano de elaboração dos estudos e projetos é essencial para que a Administração Pública se organize de modo a atender às eventuais demandas que possam surgir ao longo da elaboração dos trabalhos, para agendar as reuniões abertas de diálogo, as sessões públicas de apresentação de informações do projeto, bem como para eventualmente reconsiderar os prazos previstos no edital de solicitação de manifestação de interesse.

A Administração Pública deve condicionar a outorga da autorização ao recebimento da cessão dos direitos autorais patrimoniais em caso de seleção dos estudos para a modelagem da licitação pública. Em caso de Procedimento de Manifestação de Interesse que envolva o manejo de informações sigilosas, nos termos da Lei Federal nº 12.527/2011, a Administração Pública pode exigir um acordo de confidencialidade para garantir a manutenção do sigilo dessas informações em razão do compartilhamento delas com os interessados. Do mesmo modo, deve condicionar a sua autorização ao consentimento do particular a respeito da divulgação da integralidade desses estudos ao público, mesmo que eventualmente não venham a ser empregados na licitação pública.

Pois bem. Depois de analisados os documentos apresentados pelo interessado, se coerentes com o que foi requisitado, é obrigatória a expedição do termo de autorização, pessoal e intransferível, a ser publicada na Imprensa Oficial, no sítio eletrônico do órgão ou setor da

entidade responsável e nos demais meios de divulgação do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Caso o edital de solicitação de manifestação de interesse preveja ressarcimento pelos estudos recebidos e empregados na modelagem final, o direito de ressarcimento e o seus limites (valor máximo previsto) devem constar também do termo de autorização. O termo de autorização para produção de estudos que contiver o mencionado direito de ressarcimento garantirá ao particular o direito subjetivo de exigi-lo caso os seus estudos sejam empregados na licitação pública.

Os termos de autorização em favor dos interessados que manifestaram o interesse em participar do procedimento devem reproduzir as condições específicas contidas no edital de solicitação de manifestação de interesse e nos documentos apresentados para requerê-las, incluindo as descrição das atividades a serem desenvolvidas, o cronograma com as eventuais etapas parciais do procedimento e o prazo de sua validade. A respeito do prazo de validade, apenas, registre-se que nada impede que a Administração Pública, no decorrer do Procedimento de Manifestação de Interesse, conceda o seu diferimento em tributo a solicitação do particular, caso o prazo inicialmente previsto for insuficiente em razão da complexidade que rumou a elaboração dos estudos e projetos.

É oportuno que a Administração Pública registre no termo de autorização, com vistas a se resguardar de eventual pleito indenizatório, que a outorga da autorização não implica a corresponsabilidade dos atos praticados pelo particular autorizado em virtude da elaboração dos estudos e projetos ali identificados.

A partir da publicação do termo de autorização, inicia-se o prazo do particular para a apresentação dos estudos e projetos, consoante a previsão dos trabalhos detalhada no documento convocatório. Embora seja recomendado que todas as autorizações sejam expedidas concomitantemente, para fins de organização, caso isso não ocorra, os prazos não serão os mesmos para todos os interessados, pois, como visto, a contagem se dá a partir da publicação de cada termo de autorização.

Como a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse tem o potencial de refletir na esfera jurídica de terceiros, especialmente porque pode vir a gerar direitos de ressarcimento, a autorização pode ser revogada ou anulada em razão do descumprimento dos seus termos. A revogação da autorização será justificada nas oportunidades em que o particular interessado descumprir os seus termos, inclusive os prazos lá previstos, ou em caso de fato superveniente que torne inconveniente ou inoportuno o recebimento dos estudos e projetos

em desenvolvimento. É recomendável que a Administração reconheça expressamente na autorização a possibilidade de revogação também por esses fatos supervenientes justificadores, registrando a ausência de responsabilidade pelo ressarcimento dos dispêndios até então havidos com a elaboração dos estudos. Ainda, em caso de revogação ou anulação da autorização, o interessado deve ser pessoalmente notificado, preferencialmente por correspondência com aviso de recebimento. Caso o motivo para a revogação ou anulação seja afeito a alguma irregularidade que possa ser sanada pelo interessado, antes de se revogar a autorização, a Administração Pública deve informá-lo pessoalmente a respeito da intenção de revogação e conceder prazo para que regularize a situação – em âmbito federal esse prazo é de quinze dias. Acresça-se que, a depender do projeto, pode ser conveniente à Administração Pública que condicione a manutenção da autorização à apresentação de relatórios parciais sobre os andamentos dos trabalhos, a serem entregues durante o período de confecção dos estudos e projetos.

O participante do Procedimento de Manifestação de Interesse poderá renunciar a sua autorização a qualquer momento, não estando obrigado a apresentar ou concluir os seus estudos e projetos. A desistência deve ser comunicada por escrito ao órgão ou entidade promotora do procedimento. Os eventuais materiais que houverem sido entregues à Administração Pública devem ser retirados pelo particular interessado, no prazo previsto pelo regulamento do Procedimento de Manifestação de Interesse – no âmbito federal esse prazo é de trinta dias. Caso não sejam retirados pelo particular interessado, a Administração Pública não se responsabilizará mais pela devolução desses estudos, podendo fazer uso deles, arquivá-los ou destruí-los.

5.4.5. A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e as Propostas Não Solicitadas (PNS)

Ao lume da ordem jurídica brasileira, não há diferença a ser considerada entre o instituto da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e o instituto denominado por Propostas Não Solicitadas (PNS). Ambos encontram-se materialmente vinculados ao instituto estrangeiro denominado por *Unsolicited Proposals*, como já se declinou anteriormente. Por vezes o instituto estrangeiro é denominado por Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e por outras é traduzido para Propostas Não Solicitadas (PNS).

Nota-se que o termo traduzido, embora menos utilizado no Brasil, expressa noção mais aproximada a propósito de uma das características

desse instituto. É que como ambos representam a proposta de oferecimento espontâneo de estudos e projetos pelo particular, compreende-se melhor o sentido da voluntariedade e da passividade da Administração Pública pela expressão *Propostas Não Solicitadas (PNS)*, uma vez que, efetivamente, a proposta de oferecimento de estudos foi espontânea e voluntariamente oferecida, ou seja, não foi solicitada pela Administração Pública. A leitura da outra expressão – Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) –, no entanto, possui maior representatividade ao carregar consigo a descrição de que se trata de manifestação de um interesse que é original da iniciativa privada. Ambos os termos têm vantagem e desvantagem, portanto. Adota-se com maior frequência o uso da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) meramente por ser este o mais habitual para a Administração Pública brasileira. Esclareça-se que todas as considerações feitas para um valem para outro, pois como já indicado, considera-se a equivalência jurídica entre ambos.

Em se tratando do regulamento do procedimento, o maior destaque da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) não se revela pelo fato de expressar a apresentação de estudos e projetos propriamente ditos à Administração Pública. Embora já possa contê-los, essa manifestação deve ser absorvida e juridicamente compreendida como uma proposta de solicitação de autorização formal para a entrega ou para a elaboração desses estudos. A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) encontra-se, portanto, compreendida pela regulamentação jurídica do Procedimento de Manifestação de Interesse.

A exata razão pela qual a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) está contida na matéria regulamentar do Procedimento de Manifestação de Interesse é a seguinte: é que como a Administração Pública possui o dever de tratar os particulares com isonomia, não se lhe reconhece o direito de aceitar formal ou informalmente estudos oferecidos por um único interessado, sem que os outros potenciais interessados possam gozar dessa mesma oportunidade. Por corolário disso, toda vez que a Administração Pública recebe uma Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), é dever que, caso tenha interesse em receber estudos daquela natureza, lance um Procedimento de Manifestação de Interesse para que os outros potenciais interessados possam se manifestar e também colaborar. Daí a razão pela qual a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) – e aqui recorde-se também das *Propostas Não Solicitadas (PNS)* – deve ser reconhecida, na prática, como equivalente a uma *proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse*, como aquela apresentada por algum órgão ou

setor de entidade da Administração Pública a outro órgão ou setor de entidade responsável por decidir a procedência da proposta.

Sob a perspectiva da Administração Pública, ambos os documentos – a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e a proposta interna de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse – carregam o mesmo propósito funcional, pois servem como documentos de provocação ao lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse. Daí dizer que a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) pode ser classificada como *proposta externa de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse*.

A respeito disso, destaca-se, o que já houve a oportunidade de anotar alhures (SCHIEFLER, 2012, p. 1135), a regulamentação proposta para o assunto pelo Decreto Estadual nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina. O regulamento prevê que a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) deve ser submetida à aprovação do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) catarinense, que avaliará o seu conteúdo. Se houver êxito perante o órgão, o projeto deverá ser encaminhado à Secretaria de Estado competente para que seja proporcionada a devida publicidade ao objeto da manifestação, lançando-se o respectivo aviso para a apresentação, por eventuais interessados, de estudos sobre o mesmo objeto, conforme determina o artigo 22 do decreto versado²⁶⁸.

A partir do recebimento da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, de sua aprovação e publicação, inicia-se procedimento administrativo que se dará na forma do Procedimento de Manifestação de Interesse, regulamentado no primeiro capítulo daquele decreto. Daí dizer que as Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada (MIPs) desvelam-se juridicamente como instrumentos de provocação particular para o lançamento de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs). Trata-se de hipótese fática tipicamente conforme ao artigo 5º da Lei

²⁶⁸ Decreto Estadual nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina.

Art. 22. Caso aprovada pelo CGPPP, a MIP apresentada espontaneamente por pessoa física ou jurídica privada, será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo ao Comitê dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do projeto, publicar o aviso respectivo para a apresentação, por eventuais interessados, de manifestação de interesses sobre o mesmo objeto, na forma do PMI constante deste Decreto.

Federal nº 9.784/1999, segundo o qual “[o] processo administrativo pode iniciar-se de ofício *ou a pedido de interessado*.”.

Essas propostas prévias de estudos, apesar de não solicitadas, não são mal vistas pela Administração Pública. Em geral, os regulamentos costumam dedicar atenção a elas, já indicando as características com que devem ser apresentadas. É por isso que recebem certa autonomia jurídica, pois ganham destaque nos regulamentos do Procedimento de Manifestação de Interesse. Costuma-se enunciar que a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) deve conter as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele provenientes, bem como a estimativa dos investimentos necessários, do prazo de implantação do projeto e dos valores que comporão a eventual contraprestação por parte do parceiro público. Além disso, estima-se que o particular também apresente as características gerais do modelo de negócio – como a modalidade de PPP mais adequada, os estudos de impacto ambiental e social existentes ou cuja produção será necessária para o projeto, a estimativa de receita e dos custos envolvidos e a estimativa do valor de ressarcimento desses estudos e projetos²⁶⁹ (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 6). Nada obstante, requer-se da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) que também seja acompanhada dos requisitos para o termo de autorização, indicados no tópico anterior. A definição das linhas principais da modelagem da concessão será o elemento persuasivo a convencer a Administração Pública de que o projeto pode e deve ser realizado.

²⁶⁹ Tome-se como exemplo, também, novamente, o Decreto Estadual nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina:

Art. 18. A MIP será dirigida ao CGPPP, devendo conter obrigatoriamente:

I – as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos;

II – a estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto;

III – as características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos;

IV – a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária eventualmente demandada do parceiro público; e

V – outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto, inclusive os estabelecidos no art. 2º da Lei nº 12.930, de 2004.

A sua peculiaridade maior é que o relacionamento com a Administração Pública se inicia por solicitação do particular. Antes disso, a Administração Pública encontrava-se passiva. Quer se dizer que pela Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) a identificação da necessidade pública inclinada a ser solucionada por concessão comum ou parceria público-privada fica a cargo do particular²⁷⁰. Ou ainda, como bem destacam Livia Wanderley de Barros Maia e Rafael Roque Garofano (2012, p. 194), o particular pode dela se utilizar para propor uma solução alternativa a algum projeto já iniciado pela Administração Pública:

A literatura internacional identifica duas situações para aplicação das PNS: (i) proposições espontâneas versando sobre técnicas ou concepções alternativas para necessidade e projetos já externados pelo Poder Público e (ii) proposições espontâneas sobre projetos inicialmente não contemplados pelo Governo.

É possível ensaiar uma definição para o instituto. A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e as Propostas Não Solicitadas (PNS) podem ser compreendidas como a manifestação espontânea, sem prévia solicitação, do interesse de um particular em oferecer seus estudos e projetos, ou de elaborá-los, a fim de contribuir com a modelagem jurídica-institucional de concessão comum ou de parceria público-privada que se entende oportuna à Administração Pública, que, por sua vez, caso tenha interesse pela manifestação, deve conceder a mesma oportunidade aos demais particulares por meio do lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse.

Repita-se que não é dado à Administração Pública empregar diretamente os eventuais estudos que geralmente acompanham a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP). Antes, deve possibilitar que outros interessados também se manifestem. Dito de outra forma: caso haja o interesse da Administração Pública no projeto, é sua obrigação lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse, de forma aberta e ampla, a todos os possíveis interessados, sob pena de

²⁷⁰ Nessa mesma linha, a constatação de Oswaldo Lelis Tursi como manifestação de interesse (2011):

“A manifestação de interesse, como a própria denominação atesta, pode ser iniciada diretamente pelo particular, que, tomando conhecimento das necessidades da Administração, apresenta-se e solicita autorização para a formulação dos projetos.”

macular o dever de observância da isonomia. Em outras palavras: sempre que a Administração Pública julgar conveniente a manifestação do particular, não poderá conceder a ele autorização exclusiva, devendo promover o procedimento como se de sua iniciativa fosse, o que significa respeitar os ditames de sua ampla publicidade e participação. É que, ao receber autorização exclusiva, confere-se tratamento diferenciado não autorizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A insistência pela essencialidade no dever de observância da isonomia se dá em razão de se conhecer relato de sua transgressão:

É interessante observar que no caso de Pernambuco também foi adotada uma solução peculiar. Em pelo menos uma ocasião houve um procedimento no qual o interessado apresenta o projeto para o ente público e recebe a autorização para a realização dos estudos de viabilidade. No caso, não houve a abertura de um procedimento público para que outros interessados pudessem manifestar o interesse de realizar estudos de viabilidade sobre o mesmo projeto. (PEREIRA et al, 2012, p. 17)

Ainda com relação ao assunto, Livia Wanderley de Barros Maia e Rafael Roque Garofano (2012, p. 194) dão notícia de que em alguns países o particular que apresenta a manifestação prévia de interesse é agraciado com vantagens no momento da licitação pública. Vejamos:

Alguns países têm desenvolvido regimes destinados a assegurar o tratamento transparente, objetivo e imparcial de Propostas Não Solicitadas, que contemplem tanto a análise e aprovação administrativa interna do projeto (avaliação do interesse público envolvido), quanto a própria fase de escolha do futuro parceiro privado que executará o projeto. Com relação a esta segunda etapa, não é incomum a criação de alguma espécie de incentivo para aquele que apresentar a Proposta Não Solicitada, preservando-se, também, o interesse de terceiros como forma de garantir a competição. São essencialmente quatro os sistemas de incentivo à participação: *Bonus*, *Swiss challenge*, *Best and final offer*, além de outro sistema mais simples denominado *Reimbursement System*, com possibilidade de criação de sistemas mistos que combinem as formas anteriormente descritas.

Ressalte-se mais uma vez que eventuais vantagens formais ao participante do Procedimento de Manifestação de Interesse ou mesmo o particular que apresenta a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) não são pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Qualquer dessas vantagens somente poderia ser engendrada mediante previsão legal, o que hoje inexistente.

Por fim, convém registrar que a apresentação de estudos de forma espontânea pelo particular, sem que seja previamente convocado, é medida inovadora em relação ao Decreto Federal nº 5.977/2006²⁷¹, que veda a prática. Vedações sumárias como essa são juridicamente ilegais – em virtude do direito de petição e de participação na Administração Pública já comentados – e, por isso, não deveriam subsistir no ordenamento. Além de que a rejeição sumária de propostas de cooperação de particulares não é medida atinente com o espírito democrático participativo que se pretende seja provida a Administração Pública.

Demais disso, em que pese a vedação do aludido Decreto Federal se aplicar às parcerias público-privadas propriamente ditas, merece registro e comentário a Portaria nº 9, de 29 de janeiro de 2013, expedida pela Secretaria de Aviação Civil, vinculada ao Gabinete da Presidência da República, que autorizou uma sociedade empresarial a desenvolver estudos técnicos preparatórios à concessão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão e do Aeroporto Internacional Tancredo Neves, localizado nos Municípios de Confins e de Lagoa Santa, Estado de Minas Gerais.

Houve duas práticas não recomendadas por ocasião dessa autorização. Embora não haja qualquer irregularidade no fato de que autorização foi outorgada em resposta a requerimento da empresa, ou seja, correspondeu à provocação do particular por meio do que ora se denomina Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), a Administração Pública federal, no bom atendimento do direito, deveria ter lançado Procedimento de Manifestação de Interesse para que eventuais interessados obtivessem a mesmíssima oportunidade para colaborar com a estruturação dessas concessões.

O que sucedeu à referida solicitação de autorização foi a sua outorga direta à empresa, pela citada portaria, e a abertura de prazo para

²⁷¹ Cf. Art. 3º § 2º Serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP ou que tenham sido apresentados em desconformidade com o escopo da solicitação.

que outros interessados manifestassem o interesse em até dez dias úteis. Essa prática – conceder diretamente a autorização ao particular que apresenta a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e concomitantemente abrir prazo para que os demais interessados se manifestem – não é recomendável, pois inconciliável com a isonomia requerida pelo instituto.

Isso porque a partir da autorização do primeiro interessado, todos os demais potenciais interessados encontram-se virtualmente em desvantagem. No mínimo, a desvantagem se revela pelo fato de que o prazo final para a entrega dos estudos é único para todos. Ou seja, qualquer particular que ingressar no procedimento posteriormente terá prazo menor para elaborar os seus estudos. A prática não promove o tratamento isonômico entre os particulares, pois concede autorização direta a um interessado sem que os demais interessados tenham a oportunidade de participar em posição absoluta de igualdade, desde o início do procedimento, com acesso concomitante às mesmíssimas informações, com igualdade de armas.

A prática não prestigia a transparência e a isonomia em graus máximos recomendáveis, que devem reger as relações entre o público e o privado. Corre-se sério risco de que o prazo para os eventuais interessados manifestarem o interesse não represente mais que mera formalidade e que a autorização, ao fim, se dê de forma exclusiva àquela participante.

Essa prática denota a impressão à coletividade de que já existe um relacionamento entre a Administração Pública e aquele particular, pelo que é reduzida a probabilidade de que alguém se aventure no procedimento que já possui um participante em maior harmonia de interesses com a Administração Pública.

A segunda prática não recomendada que decorre do conteúdo dessa portaria é mais grave. Houve a vedação – *contra legem* – de que o autorizado, e os eventuais interessados que pudessem vir a ser autorizados, não poderia participar direta ou indiretamente da licitação pública. Ora, a proibição de que os particulares autorizados a elaborar os estudos participem da licitação pública desnatura completamente os propósitos do Procedimento de Manifestação de Interesse. É medida que agrava de vez o desprestígio à isonomia antes referenciado. Bem verdade a prática é temerosa, pois facilita que o Procedimento de Manifestação de Interesse se transforme em instrumento de burla à licitação pública. Se os interessados não podem participar da licitação pública, a única atratividade comercial é o ressarcimento pelos estudos. A gama de interessados restringe-se àqueles que prestam serviços de estruturação de projetos, que participarão do procedimento para obter o ressarcimento. O

ressarcimento, assim, recebe aspectos de remuneração. Se se avaliar esse caso concreto, considerando-se que o ressarcimento máximo previsto para os estudos produzidos e efetivamente empregados na licitação pública é superior a vinte e cinco milhões de reais, ganha robustez o alerta para a necessidade de se evitar que o Procedimento de Manifestação de Interesse se transforme em burla à licitação pública.

Ainda, como noticiado, a vedação contida na portaria, que é ato administrativo, é contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, pois afronta o artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995, que assegura aos autores ou responsáveis economicamente pelos projetos de modelagem das concessões a participação, direta ou indiretamente, na licitação pública ou na execução de obras ou serviços.

Como bem apontado por Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. vi), caso não seja bem conduzida, a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) pode dar azo à ausência de competitividade e de transparência. Os autores indicam que as maiores controvérsias sobre o instituto residem justamente na eventual exclusividade (jurídica ou de fato) conferida ao particular para o desenvolvimento dos estudos e na ausência de transparência durante a condução do procedimento. Apontam, ainda, que os governantes costumam ser facilmente convencidos, como justificativa para que a autorização seja concedida com exclusividade, com argumentos como: (i) o projeto apresentado espontaneamente pelo particular estaria envolvido em direito de propriedade intelectual; (ii) em decorrência dos riscos políticos, da baixa demanda e da má localização, não haveria outros interessados; (iii) os benefícios não valeriam os custos para se organizar um Procedimento de Manifestação de Interesse aberto e amplo; (iv) não seria necessária outra fonte de informações para dar prosseguimento ao projeto; (v) em razão da urgência seria mais adequado contar com apenas um participante. Como consequência disso, alertam os autores, as manifestações espontâneas não raramente conduzem a práticas de corrupção. Ainda sobre o tema, os autores desenvolveram um importante gráfico, ora reproduzido em forma traduzida:

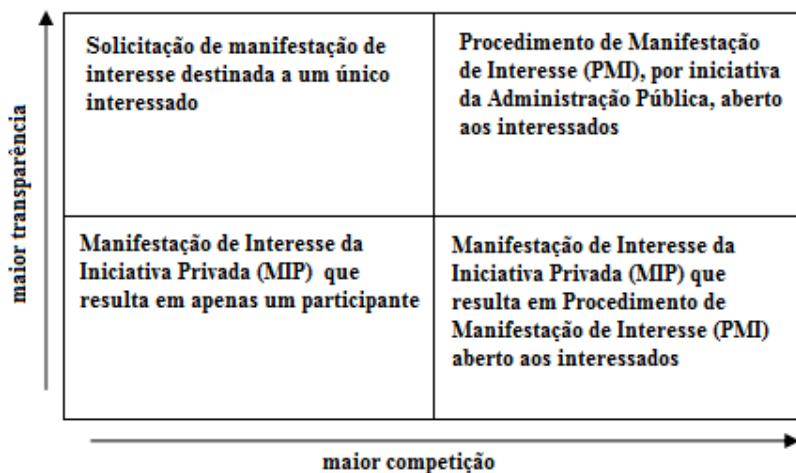


Gráfico 4: Comparativo teórico de maior transparência e maior competição entre as diferentes origens e destinações das solicitações de manifestação de interesse. Fonte: DELLACHA e HODGES, 2009. Tradução livre.

De fato, como se nota do caso acima relatado, que se encaixa no quadrante menos transparente e menos competitivo, o melhor dos cenários, em favor dos valores e princípios que norteiam o instituto, é o Procedimento de Manifestação de Interesse cuja iniciativa haja sido da própria Administração Pública. Nada obstante, a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), ao permitir a percepção por parte dos particulares das necessidades da Administração Pública e o respectivo oferecimento de solução para colaborar com o seu interesse, é ora defendida como instrumento de transparência e diálogo a ser encorajado. Isso porque é ferramenta que consente ao particular a iniciativa de aproximação com a Administração Pública. É instituto que estimula a proatividade do empreendedorismo e da participação popular. Considera-se como um aspecto relevantíssimo para o bom êxito do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse o fato de que a sua iniciativa pode advir dos próprios particulares. Para exemplificar, será oportuna essa possibilidade quando os particulares tomarem ciência de que o Estado está inclinado a delegar determinadas utilidades públicas, o que ocorre, dentre outras formas, quando uma lei é promulgada em vistas de autorizar ou preparar o certame em algum aspecto.

No entanto, as potenciais vantagens do instituto estão sujeitas à rigorosa observância da isonomia entre o particular que oferece a manifestação e os potenciais interessados, o que deve se desdobrar em

igualíssima oportunidade de colaboração. Com essa ressalva, sustenta-se que a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) é instrumento sobremaneira útil para os propósitos defendidos neste estudo.

5.4.6. O período de acompanhamento da elaboração dos estudos e projetos.

O Procedimento de Manifestação de Interesse se estabelece sobre uma relação comunicativa entre a Administração Pública e os particulares. A Administração Pública informa aos particulares a sua pretensão de elaborar um projeto concessório e solicita auxílio para elaborar uma solução conveniente com os seus interesses. Para tanto, os particulares interessados devem entender especificamente os interesses da Administração Pública, para que possam conciliá-los aos seus durante a elaboração dos estudos e dos projetos.

Um procedimento largado, abandonado, posto de lado, em que há o distanciamento entre a Administração Pública e os particulares, pode trazer consequências indesejadas para o interesse público. São os prejuízos que surgirão acaso os estudos e projetos recebidos sejam inúteis para a finalidade perseguida. São os prejuízos derivados dos desgastes sociais e políticos resultantes de um procedimento mal sucedido, do descrédito que acometerá a coletividade, dos dispêndios envidados para gerenciar tal procedimento, que, sem préstimos, depreciarão ineficientemente o erário e, ainda, dos esforços e do tempo consumidos em vão pelos agentes públicos e, dessa sorte, pela própria Administração Pública.

A Administração Pública não pode descurar do procedimento ou confiar cegamente que ao final do prazo os particulares apresentarão as propostas ideais. Pelo contrário, deve haver um trabalho de acompanhamento contínuo, dialógico, conjunto, para que a probabilidade de que os estudos e projetos conformem a finalidade pretendida aumente. A Administração Pública deve escoltar os particulares em suas produções, para que possa perceber desvios inoportunos no tratamento dos projetos. Não se trata aqui de intervenção ou influência direta da Administração Pública no conteúdo dos estudos particulares, mas sim de observação e, se necessário, orientação para a sua produção.

Sugere-se então que sejam programadas *reuniões abertas para que se promovam diálogos sobre os objetos de estudo*. Inclusive, se esse diálogo for essencial, a depender do caso concreto, *a própria manutenção da autorização para a elaboração dos estudos pode estar condicionada*

*à participação do particular nessas reuniões de reapresentação. Nada impede, do mesmo modo, que durante o período de elaboração dos estudos a Administração Pública requeira dos particulares relatórios parciais dos trabalhos*²⁷².

Para cumprir com essa responsabilidade, recomenda-se que a Administração Pública organize *sessões públicas propositadas a apresentar e a esclarecer informações mais detalhadas sobre o projeto*. Caso seja pertinente a promoção dessas reuniões, deve haver a indicação no cronograma, publicado junto ao edital, sem prejuízo de que sejam agendadas após o seu lançamento, caso a sua conveniência seja apenas posteriormente percebida. Essas sessões devem ser abertas e contar com o registro das principais ocorrências, inclusive a lista de presenças, documentadas em ata²⁷³.

Durante o período de acompanhamento da elaboração dos estudos e projetos, também é recomendável que seja organizado um *painel permanente para o esclarecimento de eventuais dúvidas do participantes*, o que pode ser hospedado no sítio eletrônico do órgão ou entidade responsável pelo procedimento. Nesse painel devem ser divulgadas as eventuais questões levantadas pelos participantes e as respostas apresentadas pela Administração Pública.

Reforce-se a defesa de que todos os expedientes empreendidos pela Administração Pública durante o período de confecção dos estudos e projetos devem se revestir de ampla abertura aos participantes e de integral publicidade. O destaque se justifica pelo fato de que é comum a promoção de Procedimentos de Manifestação de Interesse que envolvam reuniões privativas entre a Administração Pública e cada participante.

Os maiores benefícios que poderiam originar de diálogos privativos relacionam-se com um nível maior de confidencialidade dos interesses do particular para com a Administração Pública. O participante, ao elaborar os seus estudos e projetos em obséquio da melhor modelagem, carrega consigo dúvidas estratégicas, comerciais, políticas, jurídicas, que eventualmente podem ser bem esclarecidas pela Administração Pública. Contudo, como em alguns casos o particular não pretende compartilhá-las com os demais participantes, por se qualificarem esses como seus potenciais concorrentes, seria necessário um ambiente de sigilo para dar

²⁷² Neste sentido, o artigo 4º do Decreto Federal nº 5.977/2006.

²⁷³ É o que recomenda a Resolução PGE nº 3075/2012, do Estado do Rio de Janeiro.

cabo dessas dúvidas, ou seja, seria necessário um diálogo privativo entre o particular e os agentes públicos. É que a exposição dessas dúvidas em ambiente público o colocaria em desvantagem competitiva ou o impediria de obter a pretendida vantagem competitiva, já que envolveriam percepções, peculiaridades ou interesses próprios do particular sobre o projeto²⁷⁴.

Em que pese todas as potenciais vantagens, toda a consensualidade e todo o espírito de cooperação e de confiança que se reveste o Procedimento de Manifestação de Interesse, esses atributos não mitigam a sua natureza administrativa procedimental regida obrigatoriamente pelo regime jurídico de direito público. Isso quer dizer que a busca pela eficiência não é ilimitada. A eficiência, por si, não anula nem legitima a derrogação dos demais valores e princípios constitucionais. É ônus que carrega a Administração Pública por representar o Estado. A conduta dos agentes públicos não é livre como a do particular, o que lhe retira o poder de imprimir a máxima das máximas eficiências – tal aquela que seria por ele considerada acaso fosse inteiramente livre – às suas atividades. O Estado carrega alguns encargos mandatórios pelo simples fato de que toma decisões em nome de interesses alheios. Isso quer dizer que algumas práticas que são comuns aos particulares em suas relações econômicas não podem ser perpetradas pela Administração Pública, que é regida pela legalidade – em sentido amplo, albergando os valores e princípios constitucionais de par e como fundamento maior da juridicidade dos dispositivos legais do ordenamento. Deveras, esses valores e princípios que vinculam a Administração Pública ao dever de bem administrar impedem que haja o tratamento desigual diante de particulares em mesma posição.

É que não há como desconsiderar a inevitável competição que se sucede sobre o terreno do Procedimento de Manifestação de Interesse, em que os particulares concorrem para fazer valer os seus interesses no projeto final. A presunção de competição é corolário da alta probabilidade de que não haverá como absorver todos os interesses dos particulares na modelagem final. Não haverá como fazê-lo sem prejudicar o interesse

²⁷⁴ Marcos Nóbrega (2012, p. 412) não nega a importância de que a Administração Pública possa manter contato com os licitantes sem que revele as informações desse diálogo aos demais participantes. O autor dá notícia de que na União Europeia isso se dá sob o título de “diálogo participativo”, mas que, no caso brasileiro, a prática certamente exigiria elevado grau de transparência e *accountability*.

público ou, por incompatibilidade intrínseca, sem prejudicar mutuamente os próprios interesses dos particulares. Logo, deve-se considerar previamente a provável e teórica existência de conflitos entre os diferentes interesses privados e desses com o interesse público. Encontram-se os diferentes interesses privados em concorrência perante o crivo da Administração Pública.

De conseguinte, o diálogo que concerne ao Procedimento de Manifestação de Interesse descobre-se ao lume dos valores e princípios de direito público, o que demanda atenção sublime à transparência e à impessoalidade, requerendo formalidade e publicidade²⁷⁵. Intervir sobre essa competição mediante práticas sigilosas afrontaria a impessoalidade e a transparência e, por conseguinte, poria em xeque a isonomia, que é fundamento do procedimento. O diálogo privativo representa uma intervenção em desfavor da concorrência leal que existe entre os interesses dos particulares.

A eficiência (casual) que teoricamente respaldaria as vantagens dos diálogos privativos e sigilosos não se sustenta juridicamente perante a eficácia encontrada na imposição da observância da transparência, da impessoalidade, da formalidade e da isonomia na gestão da coisa pública. A eficiência (como fazer bem o que se pretende fazer para alcançar um fim) não derroga a eficácia (o que fazer para alcançar um fim) na busca pela efetividade (alcançar um fim). Ou ainda, nas palavras de Peter Drucker (2002 p. 143), “[o] primeiro passo na direção da eficácia é decidir quais são as coisas certas para se fazer. A eficiência, que é fazer bem as coisas, é irrelevante até que você trabalhe nas coisas certas.”. Parafraseando o autor, *o agente público deve fazer bem as coisas certas* e, no presente caso, as *coisas certas* estão vinculadas àqueles fundamentos axiológicos de garantia da moralidade que não podem ser ignorados.

É, como se disse, o ônus que o Estado carrega por tomar decisões sobre como empregar os recursos que lhe foram repassados pela coletividade. A coletividade demanda a observância desses valores sob pena de se deslegitimar o monopólio da força. É o mínimo que se requer, mesmo que isso signifique o eventual decréscimo da eficiência no caso

²⁷⁵ Georgina Dellacha e John T. Hodges (2007, p. 1) dão destaque ao fato de que costumeiramente, nos procedimentos em que há apenas um participante, as negociações sobre o projeto costumam se dar *atrás de portas fechadas*, o que é uma prática que tende à corrupção.

concreto. Sobrelevar a eventual eficiência sobre os demais princípios e valores, nesse caso, em que o objeto versado é tão caro à coletividade, pois representa decisões que afetarão décadas e gerações a porvir, como dito, significaria renunciar à possibilidade mínima de controle social e, com isso, à tão sonhada legitimidade material (que confere segurança jurídica) do projeto²⁷⁶.

5.4.7. A avaliação e a seleção dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse

5.4.7.1 Comentário sobre a subjetividade intrínseca à avaliação, o princípio do julgamento objetivo e o dever de motivação legítima da decisão

Entende-se que uma avaliação justa pressupõe uma avaliação impessoal e imparcial, pois é em nome da Administração Pública que se deve decidir. O julgador não pode se valer de critérios pessoais para optar por um ou outro estudo, deve usar os critérios de interesse geral. Em outras palavras, o julgador não pode se valer de quaisquer outros critérios que não aqueles em prol do interesse da coletividade.

Para que isso ocorra em força máxima, os *critérios de avaliação devem ser objetivos, para que o julgamento seja objetivo*. Contudo, é sabido e notoriamente impossível que a avaliação do material apresentado em Procedimento de Manifestação de Interesse seja estritamente objetiva. Não há como definir somente critérios objetivos puros para respaldar a seleção de estudos ou de projetos para a modelagem de concessões comuns e parcerias público-privadas, porquanto são objetos de análise naturalmente complexos. Não há como objetivar absolutamente o que é complexo em absoluto.

Surge como resposta ao problema, então, que a avaliação dos estudos e projetos apresentados em Procedimento de Manifestação de

²⁷⁶ Em apoio, a doutrina apurada de Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 43) em passagem que, embora focada em licitação pública, é válida para todo o direito administrativo: “É de bom alvitre advertir que o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública, entre os quais, merece menção especial, o da igualdade. Deve-se lograr eficiência em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro.”

Interesse deve observância ao *princípio do julgamento objetivo*. Empresta-se o conhecido princípio afeito aos julgamentos de propostas em licitação pública. A avaliação respeitante ao princípio do julgamento objetivo passa a ser o ponto nevrálgico da seleção dos projetos e estudos apresentados em Procedimento de Manifestação de Interesse.

O princípio do julgamento objetivo convive com a máxima de que nenhum julgamento propriamente dito é destituído de subjetividade. Diz-se julgamento *propriamente dito* porque qualquer julgamento pautado por critérios estritamente objetivos não requer um *julgamento* em seu sentido clássico, acompanhado de *avaliação*, de *ponderação*, de *sopesamento*, de *motivação apurada*, e sim se revela pelo *mero reconhecimento de um fato*. O julgamento por critérios estritamente objetivos é binário (sim ou não) e se dá por exemplo nas licitações públicas cujo critério de julgamento é o menor preço. O que se faz diante das propostas de preços nessas licitações, e se apelida de julgamento, é, bem verdade, mera observação de um fato objetivo seguida de seu reconhecimento. Não importa quem, nem quando, nem onde, nem quantas vezes se repita esse julgamento, o resultado será sempre o mesmo. Um robô pode realizar o “julgamento”, já que estritamente objetivo.

É flagrante que não há como pautar a avaliação a ser empreendida pela Administração Pública após o recebimento dos estudos e projetos em Procedimento de Manifestação de Interesse por critérios estritamente objetivos. Se em licitação pública sequer é possível sempre respeitar critérios estritamente objetivos, em Procedimento de Manifestação de Interesse avaliação desse naipe jamais ocorrerá.

Então, mantém-se válida a máxima: exige-se uma avaliação que respeite o princípio do julgamento objetivo, embora se reconheça que essa avaliação jamais será destituída de subjetividade.

Não é de hoje que grandes nomes da doutrina jurídica reconhecem a existência de subjetividade em qualquer julgamento propriamente dito. Os excertos seguintes, embora colocados pelos autores em propósito das licitações públicas, são integralmente válidos para o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Hely Lopes Meirelles (1999, p. 249), dedicando-se a comentar o princípio do julgamento objetivo, registrou que seu conteúdo normativo pretende obrigar “os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento.”. Maria Adelaide de Campos França (2010, p.179), por sua vez, associou ao princípio a finalidade de afastar “ao máximo o subjetivismo no julgamento.”; Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 47), igualmente, registrou o propósito de

“abstrair ao máximo o subjetivismo no cotejo das propostas apresentadas.”. Toshio Mukai (2005), em comentário sobre as parcerias público-privadas, notou a subjetividade intrínseca ao julgamento pelo critério da melhor técnica, afirmando ser “impossível de se retirar a subjetividade natural de que sempre é dotado esse critério.”. Diógenes Gasparini (2004), com grande perspicácia, questionou:

Mas o que é critério objetivo? Critério objetivo é aquele que por si só define uma situação. É aquele que independe de qualquer argumento para confirmá-lo. Basta o confronto das várias propostas para selecionarmos a vencedora, sem precisar justificar absolutamente nada.

Note-se que o fenômeno não é local. Os julgamentos propriamente ditos são naturalmente dotados de subjetividades, seja aqui, ali ou acolá. Adilson Abreu Dallari (2006, p. 83-86), por exemplo, deu notícia de modalidades de licitação pública na Itália com “larga margem de discricionariedade” e, no Uruguai, registrou discricionariedade ao menos na seleção dos critérios de licitações públicas.

Não se trata de paradoxo, no sentido de contradição ou de má redação. Pelo contrário. O princípio do julgamento objetivo, na qualidade de *princípio*, representa um *valor a ser efetivado na apreciação do caso concreto*, representa o *conteúdo axiológico* a ser obrigatoriamente considerado, deve *servir de arrimo à aplicação concreta* desse julgamento (NIEBUHR, 2000, p. 25-26). Significa dizer, na prática, que toda subjetividade possível de ser afastada, sem que se prejudique a avaliação final, deve ser afastada.

Não há critérios estritamente objetivos em Procedimento de Manifestação de Interesse porque não há respostas prontas que possam pré-selecionar o futuro projeto. Tudo o que há são questões de probabilidade. Para exemplificar: (i) desclassificar estudos que carreguem incompatibilidade com normas técnicas fará com que a Administração Pública deixe de obter o melhor estudo? (ii) é alta ou baixa a probabilidade teórica de que um estudo que não se utiliza dos processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada no setor venha a constituir o melhor projeto? (iii) conferir notas mais altas a estudos cujo valor do ressarcimento é mais baixo não fará com que a Administração perca a oportunidade de selecionar o melhor estudo sob o ângulo da técnica? (iv) qual valor se deve atribuir e como se medir a contribuição para a integração regional de um projeto? (v) qual o peso a ser considerado para demonstração comparativa de custo e benefício entre o projeto de

concessão apresentado e as demais opções para a prestação da atividade (execução direta ou indireta pelo próprio Estado)? Todas questões que admitem múltiplas respostas, dependentes do sujeito que as responde e do objeto que se projeta.

O rumo dessa etapa está acoplado ao princípio do julgamento objetivo. Tudo o que se deve é retirar toda subjetividade que transborde a justa medida do suficiente, o que deverá ser decidido caso a caso.

Dessa sorte, a avaliação dos estudos e projetos apresentados deve seguir em Procedimento de Manifestação de Interesse o mesmo espírito da primeira etapa do julgamento licitatório pelo tipo *melhor técnica*, em que a avaliação é predominantemente, senão exclusivamente, de ordem técnica (NIEBUHR, 2011, p. 497)²⁷⁷. Para isso, é imperativo que o edital de solicitação de manifestação de interesse contenha critérios os mais objetivos possíveis a serem levados em consideração pela avaliação. Em outras palavras, a avaliação deve ser pautada por critérios “claros e impessoais” e “na estrita conformidade dos parâmetros prefixados no edital.” (NIEBUHR, 2011, p. 48). É válido o comentário de Adilson Abreu Dallari (2006, p. 158) sobre a análise de propostas de conteúdo complexo:

Claro está que tal verificação deve ser feita de maneira mais objetiva possível (pois é inafastável alguma subjetividade), para o que o edital deve especificar os meios, modos e critérios de avaliação, de maneira a permitir a aferição da regularidade e da consistência das apreciações feitas pela comissão julgadora.

Na licitação pública do tipo melhor técnica, levantada como parâmetro, exige-se que os critérios considerem²⁷⁸: (i) a capacitação e a experiência do proponente; (ii) a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos e; (iii) a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução.

²⁷⁷ Por evidência, a segunda etapa do julgamento pelo tipo melhor técnica, em que são abertos os envelopes de preço e, na sequência, confere-se ao melhor classificado da primeira etapa a oportunidade de igualar o melhor preço obtido na segunda etapa não se aplica à avaliação dos estudos e projetos do Procedimento de Manifestação de Interesse.

²⁷⁸ É a previsão constante do inciso I do parágrafo 1º do artigo 46 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Na avaliação dos estudos em Procedimento de Manifestação de Interesse, que guarda o mesmo íntimo do julgamento do tipo melhor técnica, haverá a proeminência do segundo item relatado – qualidade técnica da proposta; o objetivo maior dessa avaliação é selecionar os estudos e projetos com maior qualidade técnica. A *capacitação e a experiência do proponente* devem ser considerados quesitos subsidiários à efetiva qualidade dos estudos e a *qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a execução do contrato* torna-se impertinente para o Procedimento de Manifestação de Interesse.

De par com o julgamento objetivo, encontra-se também o acentuado dever de observância da motivação do ato administrativo resultante da avaliação desses estudos, aspecto que é da mais alta relevância. Para que se cumpra com sucesso a etapa de avaliação é necessário que o produto da avaliação esteja bem fundamentado.

A decisão sobre a avaliação dos estudos deve ser acompanhada da exposição dos seus motivos. Ou seja, as causas que levaram àquela decisão devem ser explicitadas. Não basta que sejam atribuídas as notas aos quesitos destacados, os fundamentos dessa avaliação devem ser obrigatoriamente enunciados. Os interessados têm o direito de saber por que a Administração Pública avaliou seus estudos dessa ou doutra forma; é direito que decorre da própria natureza de um Estado Democrático de Direito fundado em valores como a cidadania e a soberania popular (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 400-402). Em outras, palavras, o administrador público está obrigado a “justificar, na tomada de decisões, a eleição dos pressupostos de fato e de direito.” (FREITAS, 2009, p. 9-10). Mais especificamente, no presente caso, é direito que decorre também dos incisos I e III do artigo 50 da Lei Federal nº 9.784/1999, que prescrevem, em ordem, a obrigatoriedade de motivação em atos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” e que “decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública”.

A avaliação dos estudos e projetos recebidos em Procedimento de Manifestação de Interesse qualifica-se como ato administrativo vinculado aos critérios do edital de solicitação de manifestação de interesse²⁷⁹. No

²⁷⁹ A respeito da dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, Gustavo Binenbojm (2008, p. 8): “Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*,” (grifo original)

entanto, em virtude da conhecida subjetividade que se anunciou, é ato que carrega aspectos de discricionariedade – há certa e inevitável margem de discricção para que o administrador público selecione os projetos que melhor se amoldem aos critérios estabelecidos. E, como tal, na esteira do que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 403), a não motivação dessa decisão fará com que se chegue à derradeira conclusão de que o ato encontra-se “irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido”.

Não se está a defender que haja um controle estrito do mérito das justificativas apontadas para a seleção do material, mas, apenas, controle de pertinência dos motivos enunciados com os critérios anunciados. Neste sentido, destaque-se, não somente a eventual falta da motivação fulminará a validade da decisão, mas também a sua insuficiência. A avaliação dos estudos apresentados pelos interessados não comporta discricionariedade pura e solta. Pelo contrário, a modelagem da licitação, que se pretende originar desse material arrecadado, embora dependa também da experiência e da sensibilidade dos profissionais envolvidos, deve ser elaborada por meio de decisões pautadas pela observância de critérios técnico-científicos, devidamente fundamentados e respaldados pelo conteúdo editalício. Não se admite que a Administração Pública aja de modo a privilegiar a discricionariedade política em derrogação da técnica ou da ciência.

Portanto, a avaliação dos estudos não comporta subjetividades em nome de conveniências e oportunidades superficiais. A mera qualificação jurídica da Administração Pública como titular da utilidade pública a ser concedida “não é fundamento jurídico bastante e suficiente para legitimar opções arbitrárias, prepotentes ou simplesmente ignorantes a propósito da outorga.”. Isso significaria arbítrio. E como método de vigilância sobre o arbítrio, não poderão ser admitidas quaisquer soluções que, em virtude de obstáculos técnicos ou financeiros, jamais poderiam ser enquadradas dentre as melhores. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 205-207)

As opções políticas não vivem mais desacompanhadas de justificativas materiais sólidas e legítimas. O princípio da motivação dos atos administrativos está em voga alta; não são mais admitidos argumentos instrumentais da retórica; exige-se profundidade e coerência dos argumentos justificadores das decisões administrativas.

Junto a isso, é de bom grado lembrar que decisões devidamente fundamentadas fomentam a relação de confiança do particular na Administração Pública, o que é fundamental para os institutos de cooperação como o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Dessa sorte, o maior afastamento possível das subjetividades da avaliação – que se dá mediante o estabelecimento de critérios os mais objetivos possíveis e um julgamento acompanhado de uma motivação legítima – é medida imperativa que se coaduna com a confiança depositada pela sociedade ao Estado para a condução dos interesses da coletividade.

É sabido que a eficácia do Procedimento de Manifestação de Interesse depende de relações subjetivas de confiança entre a Administração Pública e os particulares. O chamariz do procedimento, para o particular, é a confiança de que a Administração Pública efetivamente conta com a sua colaboração para a empreitada do projeto. Espera-se que os melhores estudos e projetos sejam selecionados e empregados. A percepção de confiança pelo particular interessado é um pressuposto do procedimento, sem o qual torna-se potencialmente inútil para a coletividade e para a própria Administração Pública, pois dificilmente atingirá aos propósitos teóricos anunciados.

Caso não haja correspondência ao dever de lealdade e de boa-fé, que demandam justamente a seleção dos melhores estudos, não haverá atratividade para o dispêndio de recursos, por conta e risco, para a elaboração de estudos e projetos notadamente complexos – como se qualificam aqueles requeridos para uma modelagem de concessão comum ou parceria público-privada. Em resumo, os particulares interessados em participar de Procedimentos de Manifestação de Interesse – o que por si só exige dispêndio de recursos e, portanto, deve conferir alguma vantagem equivalente – o fazem justamente porque existe a previsão de que, caso apresentem estudos adequados e compatíveis, esses serão empregados na licitação pública.

No mais das vezes, especialmente em Procedimento de Manifestação de Interesse cujo objeto é mais complexo e custoso, os particulares interessados recebem ainda o incentivo de que serão ressarcidos acaso logrem êxito com os seus estudos. Em outras palavras, os participantes supõem que, se apresentarem estudos técnicos adequados ao que requer a Administração Pública, as suas manifestações serão selecionadas para subsidiar a futura licitação pública, pelo que, além de bem conhecerem a modelagem da futura licitação pública, serão contemplados pelo ressarcimento dos custos havidos.

Dessa sorte, em quaisquer dos casos, é mandatório que a Administração Pública empreenda uma avaliação justa do material ofertado, com cuidado redobrado em se tratando de projetos mais complexos. Uma avaliação justa significa uma avaliação que selecione efetivamente os melhores projetos ao lume do interesse público; o

Procedimento de Manifestação de Interesse não pode servir de palco para a seleção de projetos que não os melhores para o interesse público. Assim, a maior participação dos particulares está atrelada ao nível de confiança depositada sobre a etapa de avaliação do Procedimento de manifestação de Interesse, que não deve se pautar por critérios subjetivos ou por interesses outros que não aqueles envolvidos no interesse público.

Pois bem, restando assentado que não será possível efetivar na íntegra o princípio do julgamento objetivo no Procedimento de Manifestação de Interesse, mas que o afastamento de toda subjetividade possível é obrigatória, requerendo-se que a avaliação seja devidamente fundamentada, é momento de investigar como a Administração Pública deve proceduralizar essa avaliação.

5.4.7.2 A etapa de avaliação dos estudos e projetos

A avaliação dos estudos e projetos apresentados é o momento em que a Administração Pública emite juízo de mérito sobre a qualidade e a compatibilidade do material com as suas expectativas. É quando a Administração Pública seleciona os estudos que supõe os mais apropriados para a modelagem da concessão.

A avaliação está sujeita aos critérios objetivos preestabelecidos no edital de solicitação de manifestação de interesse e na regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse. Esses critérios devem ter sido estabelecidos de forma adequada e conforme a delimitação do escopo dos estudos e projetos solicitados.

Há casos e casos em Procedimentos de Manifestação de Interesse. Há aqueles cuja complexidade é menor, em que a Administração Pública requer apenas estudos preliminares, de mera concepção das alternativas, como a indicação de locais para o empreendimento e a sugestão de modelos tecnológicos. Há outros em que a Administração Pública convoca os particulares a empreender a modelagem completa da concessão, envolvendo projeções técnicas, jurídicas e financeiras de grande complexidade.

Quando o escopo dos estudos e projetos requeridos se revelar como meramente preliminar, mais básico, não definitivo, sem previsão de direito de ressarcimento, é adequado que a etapa de avaliação também seja mais simples. Nesses casos menos complexos, é possível que a Administração Pública avalie a compatibilidade do material com o que foi solicitado e emita parecer pelo recebimento ou pelo não recebimento do material, somente. Não será necessário ordenar o material recebido conforme a escala de notas atribuídas pela comissão de avaliação. Basta

que sejam ou não selecionadas pela Administração Pública, acompanhadas da devida motivação. Tudo, por óbvio, deve ser previamente anunciado no edital de solicitação de manifestação de interesse. A Administração Pública deve ter a sensibilidade de, antes de convocar os interessados ao Procedimento de Manifestação de Interesse, perceber se irá promover procedimento que exige avaliação mais ou menos complexa.

Quando o intuito da Administração Pública é mais sofisticado, já que pretende angariar modelagem completa, exigente de trabalhos mais robustos e custosos, é adequado que proceda à avaliação minuciosa e detalhada do material, pautada em critérios de avaliação mais específicos, visto que será dali que retirará, muito provavelmente, a modelagem final do projeto de delegação daquela utilidade pública.

Quem deve proceder à análise dos estudos e projetos é a comissão responsável pela condução do Procedimento de Manifestação de Interesse, sob a liderança da autoridade competente para a tomada de decisões. É possível que se instituía uma comissão específica para essa avaliação e que sejam indicados representantes de diferentes órgãos ou setores da entidade promotora do procedimento para compô-la. Qualquer que seja a opção, é dever noticiá-la previamente, de preferência no edital de solicitação de manifestação de interesse. Os particulares têm o direito de conhecer a composição da comissão que irá avaliar e selecionar os estudos e projetos a serem apresentados.

Uma característica a ser destacada para a etapa de avaliação é a primazia pelo conteúdo material dos estudos, acima de quaisquer formalidades. Muito por isso, é possível que a Administração Pública solicite informações adicionais aos participantes mesmo após a entrega do material, com o intuito de esclarecer pontos relevantes do projeto. Além disso, também em homenagem ao conteúdo sobre a forma, é permitido que sejam corrigidos ou relevados os erros meramente formais contidos nos estudos. De toda sorte, a primazia pelo conteúdo material da proposta não se traduz em permissão de desleixo aos particulares quando diante dos quesitos formais, o que eventualmente pode ser considerado um dos quesitos de avaliação.

De posse dos estudos e projetos, a comissão de avaliação, a seu critério, poderá requerer aos interessados maiores detalhamentos ou correções, concedendo prazo para a reapresentação do material. Uma vez reunido o conjunto de todo o material definitivo, é momento da avaliação.

Em primeiro lugar, a comissão de avaliação deve verificar a compatibilidade dos estudos e projetos de cada interessado diante dos critérios condicionantes à aceitação do material. Na sequência, deverá

promover à avaliação propriamente dita sobre os estudos e projetos que ultrapassarem esse *juízo de admissibilidade*. É momento de se analisar o conteúdo material do material oferecido pelos participantes. Com o apoio dos critérios objetivos previamente estabelecidos, a Administração Pública deverá selecionar os produtos que pretende empregar para definir a modelagem final com vistas ao projeto concessório. Essa avaliação pode se dar, por exemplo, com a atribuição de notas a cada produto apresentado pelos particulares e a respectiva classificação.

É comum que se estabeleça no edital de solicitação de manifestação de interesse que a seleção não se dará necessariamente sobre a integralidade dos estudos. A Administração Pública pode selecioná-los parcialmente. Ou seja, a Administração Pública pode coletar os produtos (os estudos e projetos pertinentes à determinado propósito parcial do projeto) que lhe interessam de cada categoria de estudos e projetos preestabelecida. Também há a possibilidade de que selecione determinado produto mas que se lhe empregue na modelagem final apenas parcialmente, ocasião em que deverá ser descontado proporcionalmente o respectivo valor do direito de ressarcimento, conforme apuração formal e motivada no processo administrativo que instruirá a licitação pública.

Concluída a avaliação, que deve se traduzir em documento formal com toda a exposição dos motivos e com a definição de quais estudos foram selecionados, o particular interessado tem o direito de dela recorrer.

Avulta que o Decreto Federal nº 5.977/2006²⁸⁰ veda o recurso na esfera administrativa quanto ao mérito da decisão. Todavia, anote-se que tal prescrição padece de ilegalidade, em razão de, especialmente, afrontar o artigo 56 da Lei Federal nº 9.784/1999, que univocamente estabelece caber recurso das decisões administrativas em face de “razões de legalidade e de mérito”. A mesma vedação é prevista pelo regulamento do Procedimento de Manifestação de Interesse no Estado de São Paulo²⁸¹. Contudo, por lá o direito de recurso também é resguardado pela lei que

²⁸⁰ Art. 11. A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito.

²⁸¹ Cf. “O Estado de São Paulo inclui em seus editais de chamamento a regra de não cabe recurso da decisão que definir os estudos eventualmente selecionados, total ou parcialmente.” (PEREIRA et al, 2012, p. 19)

regulamenta os processos administrativos no Estado²⁸², pelo que também se qualifica como uma vedação ilegal. Ademais, como ensina Odete Medauar (2012, p. 185), o direito de interpor recurso administrativo independe de previsão explícita em lei ou nas demais normas, pois tem respaldo no direito de petição e na garantia da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal.

Como é sabido, os decretos regulamentares não tem normatividade suficiente para negar direitos assegurados em lei, logo, tais dispositivos que vedam o direito de recurso são juridicamente infundados. Dessa sorte, salvo a existência de previsão legal diversa ou de previsão regulamentar mais benéfica ao interessado, também com apoio na Lei Federal nº 9.784/1999, o prazo para o recurso é de dez dias, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão sobre a avaliação dos estudos e projetos recebidos no Procedimento de Manifestação de Interesse, pelo que a Administração Pública terá o prazo de no máximo trinta dias, prorrogáveis justificadamente por igual período, para decidir sobre o recurso interposto²⁸³. O início dos prazos para os interessados depende de comunicação formal por parte da Administração Pública.

Dê-se destaque à eventualidade de a comissão de avaliação decidir pela impertinência de todos os estudos e projetos apresentados, pelo que nenhum deles será selecionado. Essa situação ocorrerá quando nenhum material levantado pelos particulares participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse conseguir vencer o escopo dos estudos indicados no edital de solicitação de manifestação de interesse e em seu

²⁸² Lei Estadual nº 10.177/1998

Artigo 22 - Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

§ 1º - Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer.

²⁸³ Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.

§ 2º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.

termo de autorização. Nesta hipótese, assim como na eventualidade de desistência do participante em meio ao Procedimento de Manifestação de Interesse, a Administração Pública terá o dever de guardar os estudos por determinado período para que o interessado retire o material – prazo de trinta dias no âmbito federal. Passado o período, a Administração Pública não poderá se valer desses estudos – em observância à boa-fé, em respeito à sua pretérita decisão de desinteresse pelos estudos – e poderá arquivá-los ou destruí-los.

5.4.8 O ressarcimento dos dispêndios havidos com a elaboração dos estudos e projetos

5.4.8.1 Procedimento de Manifestação de Interesse sem expectativa de direito de ressarcimento pelos dispêndios.

A questão do direito de ressarcimento pelos dispêndios correspondentes a estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com sua autorização, é das mais delicadas e polêmicas em Procedimento de Manifestação de Interesse. Para melhor interpretá-la, convém retornar ao artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, que fundamenta tal direito:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

A possibilidade de que o particular interessado seja ressarcido pelos dispêndios havidos com os estudos e projetos por si levantados em propósito da modelagem da concessão é da natureza do Procedimento de Manifestação de Interesse. Regra geral, a previsão de ressarcimento é benéfica ao instituto, pois concede um incentivo relevante para que os particulares participem do procedimento e apresentem manifestações as mais apuradas possíveis, no intuito de que se revelem as melhores e, com isso, se alcance duplo objetivo: a modelagem de uma concessão que leve

em conta os seus interesses e o ressarcimento pelos custos despendidos para tanto.

No entanto, assume-se que em alguns casos a previsão de direito de ressarcimento pode não ser o mais adequado para o interesse público, pois pode resultar em menor eficiência do contrato de concessão, por oneração excessiva, ou resultar em ineficácia do Procedimento de Manifestação de Interesse, por impossibilidade de que a Administração Pública receba estudos e projetos de forma voluntária e gratuita, embora exista oferta de particulares que se disponham a fornecê-los sem que seja necessário contar com a eventualidade do ressarcimento²⁸⁴.

É que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode abrigar diferentes níveis de solicitação de estudos. Não há obrigação de que se solicitem estudos completos e aptos a erigir um edital de concessão. É possível que se estabeleça um planejamento parcial, apenas. Nessas ocasiões, em que o objeto a ser estudado não está detalhado a ponto de permitir que os proponentes embasem um projeto completo, em que o que se busca são estudos meramente preliminares, que envolvem diretrizes e parâmetros básicos, a melhor opção pode ser subtrair a expectativa do ressarcimento por dispêndios. Isso porque a respeito dos aspectos mais gerais será muito difícil precisar quais documentos foram ou não utilizados. Imagine-se que os estudos requeridos tenham caráter basilar, consistentes tão somente a escolher a melhor modalidade de concessão a ser empreendida e a ideia de solução técnica. Neste caso, será muito difícil precisar quais foram os estudos utilizados e que, portanto, deveriam ser ressarcidos. Conjetura-se que haverá casos em que muita informação será semelhante e compartilhada entre os estudos e projetos dos particulares interessados. Existe até a probabilidade de que mais de um proponente apresente a mesmíssima ideia, porquanto genérica, pelo que levaria a novo impasse. Enfim, seriam criados ambientes de insegurança jurídica.

Igualmente, a depender da forma de avaliação e seleção, poder-se-ia considerar injusto que apenas a manifestação de interesse mais bem avaliada fosse ressarcida, sendo que ideias comuns extraídas de outras manifestações também poderiam ter sido utilizadas. A previsão de não ressarcimento, em Procedimento de Manifestação de Interesse, permite que a Administração Pública utilize uma amálgama do conjunto de

²⁸⁴ Destaque-se que em diversos países não há previsão de direito de ressarcimento pelos estudos, como Coréia do Sul, Taiwan e Filipinas, e, ainda assim, o instituto é bastante utilizado. (DELLACHA e HODGES, 2007, p.11)

estudos apresentados, coletando o que há de mais interessante em cada manifestação, sem que se preocupe com uma oneração excessiva do contrato, o que enriquece a finalidade do procedimento. Não há por que não se utilizar de oportunidade de se obter estudos e projetos sem custo algum quando for exatamente essa a melhor solução para o interesse público.

Supõe-se que, eventualmente, em Procedimento de Manifestação de Interesse que vise à obtenção de estudos prévios, conceituais, sequer preparatórios dos projetos básicos ou executivos, seja mais interessante para o interesse público que não haja o dever de ressarcimento dos estudos do que que haja, pois, em havendo, arrisca-se a dificultar ou a inviabilizar, sob o aspecto jurídico ou econômico-financeiro, a futura concessão pública.

Como antes indicado, há notícias de Procedimentos de Manifestação de Interesse no Brasil que não previram direito de ressarcimento. No estrangeiro não é diferente, aponte-se como exemplo o *Expressions of Interest (EOI)*²⁸⁵ organizado pelo Estado da Califórnia, Estados Unidos da América, em 2011, em que os particulares foram convidados a enviar estudos visando a subsidiar o projeto preliminar da via de alta velocidade para trens. Na ocasião, o Estado da Califórnia não se responsabilizou por nenhum custo, nem vinculou ressarcimento à efetiva utilização dos estudos.

Embora por si só não seja motivo suficiente para se lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse sem previsão de direito de ressarcimento, esta modalidade anula o risco de recebimento de estudos e projetos oportunistas, cujo único intuito seria buscar eventual ressarcimento, bem como os custos para a Administração Pública e a eventual litigiosidade que pode decorrer da etapa de avaliação do justo valor para o ressarcimento a que está sujeito o procedimento com a previsão do direito. Demais disso, a ausência de previsão do direito/dever de ressarcimento reduz o custo da concessão, e, conseqüentemente, da tarifa, e equaliza as posições dos futuros licitantes, uma vez que aqueles licitantes que não tiveram estudos selecionados e empregados deverão considerar o custo do ressarcimento em suas propostas, enquanto aqueles que obtiveram o direito de ressarcimento não precisarão embutir tal custo. (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 12)

²⁸⁵ Disponível em:

<http://www.cahighspeedrail.ca.gov/assets/0/152/281/e62970ab-c121-4e50-81df-e001d06a5a2f.pdf> Acesso em 15 mar. 2013

Ocorre que existe considerável dúvida jurídica se o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser promovido sem que haja previsão de ressarcimento pelo vencedor da licitação pública dos dispêndios havidos nos estudos e projetos elaborados pelos particulares autorizados e efetivamente empregados na licitação pública. Defende-se, neste estudo, que a previsão de *não ressarcimento* em Procedimento de Manifestação de Interesse é juridicamente válida.

Partindo-se de um primeiro ângulo, o qual se reputa adequado, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 não conduz à conclusão de que o dever de ressarcimento pelo vencedor da licitação porque existem dispêndios que decorrem de estudos e projetos cuja autorização conferida pelo poder concedente não inclui o direito de se exigir tal ressarcimento, mas tão somente o direito de participar voluntariamente do Procedimento de Manifestação de Interesse. Dito de outra forma: sob essa perspectiva, admite-se a existência de dispêndios pecuniários provenientes de estudos e projetos empregados na licitação pública que foram elaborados sob autorização que não incluiu o direito de cobrar ressarcimento do vencedor da licitação. Ou ainda: nem toda autorização para participação em Procedimento de Manifestação de Interesse gera direito ao eventual ressarcimento.

Explicando melhor: conquanto a legislação federal imponha ao vencedor da licitação o dever de ressarcimento dos dispêndios, perceba-se que houve alguns condicionamentos. Condicionou-se o ressarcimento às especificidades do edital, à utilidade dos estudos para a licitação pública, à vinculação desses à concessão e à correspondência com as despesas realizadas pelo poder concedente ou com a sua autorização. Dessa sorte, onde se registra a expressão “realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização”, deduz-se que o dever de ressarcimento pelo vencedor da licitação pública deve corresponder a uma de duas categorias de dispêndios prévios: (i) dispêndios em razão do material levantado pelo poder concedente; (ii) dispêndio em razão do material levantado por terceiros que receberam autorização para elaborá-los e para cobrar do licitante vencedor o ressarcimento licitante vencedor.

Como já se expôs anteriormente²⁸⁶, sob o aspecto legal, a autorização é necessária para que se vincule o direito de ressarcimento dos dispêndios havidos com os estudos à obrigação do vencedor da licitação pública. A autorização não é condição para a realização de

²⁸⁶ Ver 5.4.4. *A autorização para que os particulares interessados participarem do Procedimento de Manifestação de Interesse.*

estudos sobre modelagens de concessões comuns ou parcerias público-privadas. Afinal, todos os particulares são livres para levantarem estudos sobre o que bem entenderem e para oferecerem estudos à Administração Pública. Afora isso, a autorização tem função: (i) organizacional, permitindo à Administração Pública manter o controle e a formalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse e; (ii) de segurança jurídica, permitindo que se formalize a anuência do participante às condições do procedimento.

Seguindo o raciocínio, é possível que haja, sob essa perspectiva, uma terceira categoria possível de dispêndios pré-licitatórios: aqueles referentes aos estudos empreendidos pelos particulares mas cujo ressarcimento não foi autorizado pela Administração Pública.

Daí que carece de razoabilidade a interpretação de que esses estudos empreendidos e cujo ressarcimento não foi autorizado (por exemplo, porque não se pretendeu onerar a concessão com a vinculação do dispêndio ao vencedor da licitação pública) não possam ser empregados na modelagem acaso sejam oferecidos voluntariamente e livres de quaisquer ônus pelos particulares proprietários desse material. Contudo, é apropriado lembrar, caso sejam oferecidos e haja o interesse da Administração Pública, a mesma oportunidade de colaboração deverá ser estendida aos demais particulares, em respeito ao dever de observância da isonomia.

Chega-se, assim à seguinte situação: (i) a Administração Pública entende não ser pertinente ao interesse público autorizar a elaboração de estudos para a licitação pública da concessão que importem em custos adicionais para o vencedor da licitação; (ii) existe oferta voluntária e gratuita de estudos e projetos à Administração Pública por parte de particulares; (iii) é oportuno receber esses estudos e projetos voluntariamente oferecidos, porquanto úteis para a licitação pública; (iv) não é possível receber esses projetos sem que se estenda a oportunidade aos demais particulares potencialmente interessados.

Diante dessa situação hipotética, a solução mais adequada sob a perspectiva do interesse público seria a de lançar um procedimento administrativo para que se pudesse receber aqueles estudos e projetos oferecidos voluntariamente e gratuitamente e, ao mesmo tempo, estender a mesma oportunidade aos demais eventuais interessados. No entanto, a autorização que concederá a esses particulares será revestida de mera formalidade para controle interno e para tratamento isonômico nesse procedimento administrativo, bem como para referendar a ausência de expectativa de direito de ressarcimento. Não será a mesmíssima autorização prevista no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, que

vincula os dispêndios dos estudos ao ressarcimento pelo licitante vencedor.

Conclui-se, assim, que não há impeditivo para a outorga de autorização que não seja exatamente a mesma espécie prevista no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Do gênero das autorizações, extrai-se a autorização que confere o direito de ressarcimento e a autorização que confere somente o direito a participar do Procedimento de Manifestação de Interesse. Em caso de Procedimento de Manifestação de Interesse em que há a previsão de ressarcimento, ambas essas autorizações fundem-se num único termo de autorização; em caso de Procedimento de Manifestação de Interesse sem direito de ressarcimento, a autorização cinge-se ao direito a dele participar.

Logo, reconhecendo-se a existência da possibilidade de diferentes conteúdos para as autorizações, nada há absolutamente nada que impeça que a Administração Pública, antecipando-se a essa situação hipotética, lance um Procedimento de Manifestação de Interesse em que a autorização para os estudos não concede direito de ressarcimento mesmo na eventualidade de serem empregados os estudos coletados.

Além do mais, registre-se que o artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009 corrobora com esta conclusão, pois estabelece que os estudos e projetos serão apresentados por *conta e risco* dos interessados. Ora, ao declamar que o particular participará do procedimento por conta e risco, sem se incluir no dispositivo o eventual direito de ressarcimento, confirma-se a possibilidade de haver Procedimento de Manifestação de Interesse sem tal peculiaridade. Basta, então, que se promova um procedimento em que se preveja uma participação absolutamente por conta dos participantes – isto é, cujos dispêndios serão todos suportados por eles, independentemente de seu efetivo emprego na licitação pública.

Essa é interpretação que não nega a realidade vigente e não torna inútil o Procedimento de Manifestação de Interesse nos casos em que existe voluntariedade suficiente para serem apresentados estudos e projetos sem a necessidade de se atribuir o ônus pelo ressarcimento ao vencedor da licitação pública, e, pois, aos usuários que deverão cobrir esses valores mediante tarifa, ou à própria Administração Pública por intermédio da contraprestação ao parceiro privado. Em resumo: a decisão sobre prever ou não o direito de ressarcimento inscreve-se sob o âmbito discricionário da Administração Pública, que deverá avaliar para cada Procedimento de Manifestação de Interesse o que é mais adequado para o interesse público.

Levando-se em consideração o fundamento de existência do instituto, que visa à colaboração espontânea e desvinculada dos

particulares, essa é a interpretação mais harmônica possível entre o ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o Procedimento de Manifestação de Interesse.

No entanto, a leitura do dispositivo pode ensejar uma interpretação mais radical de que o vencedor da licitação sempre deverá ressarcir os dispêndios prévios, sejam correspondentes à esfera jurídica do particular autorizado, sejam correspondentes à esfera jurídica do poder concedente. Em paralelo, a mesma interpretação dá ensejo ao entendimento de que todo o particular que, com a prévia autorização da Administração Pública, elabora estudos tendentes à projeto concessório, efetivamente utilizados na respectiva licitação pública, terá o direito de ser ressarcido pelo vencedor do certame.

Desse raciocínio originam-se duas deduções: (i) todos os editais das concessões comuns e das parcerias público-privadas devem conter a previsão de ressarcimento pelo vencedor da licitação dos custos prévios do certame, uma vez que esses custos sempre existirão e sempre serão realizados pelo poder concedente ou por particulares que de alguma forma em algum momento foram autorizados; (ii) o Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser acompanhado inexoravelmente de previsão de ressarcimento pelos estudos e projetos efetivamente empregados na modelagem da concessão.

Em atenção à realidade da Administração Pública brasileira, contudo, dois fatos devem ser notados: (i) é comum que os editais de licitações públicas para concessão comum ou parceria público-privada não antecedidas de Procedimento de Manifestação de Interesse não exijam do vencedor qualquer ressarcimento pelos dispêndios realizados pelo poder concedente (MOTTA, 2007, p. 110); (ii) existem casos em que a Administração Pública lança o Procedimento de Manifestação de Interesse sem que haja qualquer previsão de ressarcimento (PEREIRA et al, 2012, p. 6).

Da aplicação daquelas deduções aos fatos constatados, outras duas se seguem: (i) houve renúncia de receita por parte da Administração Pública (artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000) nas licitações públicas desacompanhadas da previsão do dever de ressarcimento em que os estudos foram por ela promovidos. E, mais que isso, a renúncia se deu sem a devida formalidade (justificativa, demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, de que houve estimativa de impacto orçamentário-financeiro, as medidas de compensação), o que pode ensejar aos agentes públicos responsáveis a aplicação do inciso X do artigo 10 da Lei Federal 8.429/1992, que considera ato de improbidade administrativa a negligência (culpa) na

arrecadação de renda (MOTTA, 2007, p. 110); (ii) independentemente da previsão ou não no edital de solicitação de manifestação de interesse do Procedimento de Manifestação de Interesse, os particulares autorizados que tiverem os seus estudos e projetos empregados na respectiva licitação pública adquirirão o direito de ressarcimento pelos correspondentes dispêndios, mesmo que esses valores eventualmente extrapolem o limite estabelecido pelo regulamento (decreto regulamentar não pode restringir direitos assegurados em lei). Os particulares poderão cobrar tais valores dos vencedores das licitações públicas ou, caso não tenha sido previsto o ressarcimento no edital da licitação pública, poderão cobrá-los diretamente da própria Administração Pública, por força da responsabilidade civil objetiva que lhe informa o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Pois bem. Não se sustenta que tal interpretação do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 é incabível ou injurídica. Apenas, no entanto, que tal interpretação não se qualifica como a mais acertada ou a mais adequada em vista do ordenamento jurídico brasileiro. Parece, aliás, que o legislador descurou da técnica ao redigir o dispositivo, permitindo também que essa interpretação encontre algum suporte.

Em primeiro lugar, se se considerar que qualquer expectativa de direito de ressarcimento – que se adquire ao participar do Procedimento de Manifestação de Interesse – não é direito ao ressarcimento propriamente dito e, no máximo, relaciona-se com um direito disponível, por tratar-se de pecúnia, a conclusão será a de que *ter direito à expectativa de direito de ressarcimento é direito que pode ser renunciado* (artigo 51 da Lei Federal nº 9.784/1999²⁸⁷). Se em conjunto com isso se considerar que a Administração Pública, em apoio à busca do interesse público, tem o direito de exigir a renúncia à expectativa de direito como condição de participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, então a polêmica está encerrada.

No entanto, é pertinente enfrentar o argumento de que o ressarcimento dos dispêndios pecuniários seria uma obrigação inevitável imposta por lei ao vencedor da licitação pública e de que a Administração Pública não poderia exigir do particular a renúncia ao respectivo direito.

Pois bem, sabe-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse é procedimento que nasce e se desenvolve por consensualidade e voluntariedade; ninguém tem o direito subjetivo de exigi-lo da

²⁸⁷ Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

Administração Pública, ninguém é obrigado a dele participar. A decisão pelo seu lançamento é ato administrativo discricionário; a decisão pela participação é absolutamente discricionária por parte do particular.

Daí que não existe direito de ressarcimento e sequer expectativa de direito de ressarcimento sem que seja conveniente e oportuno à Administração Pública lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse. A Administração Pública pode simplesmente preferir empreender por conta própria os estudos ou contratar uma consultoria especializada para tanto, ainda que, pelas inúmeras razões apontadas ao longo deste ensaio, entenda-se conveniente que ela lance o Procedimento de Manifestação de Interesse para estruturar suas concessões.

Reconhece-se que a atratividade maior do não é pecuniária. A atratividade maior ao particular – ou seja, o benefício potencial que lhe atrai ao procedimento – é a possibilidade de manifestar os seus interesses de forma que sejam considerados para a modelagem da concessão. Tanto é que o máximo que se obtém de pecúnia é o ressarcimento pelos custos, e não qualquer tipo de remuneração.

De par com isso, é inerente ao particular que participa do Procedimento de Manifestação de Interesse o risco de não ressarcimento por seus dispêndios. Mesmo quando houver previsão no edital, basta que os seus estudos e projetos não sejam empregados na licitação pública e o particular não será em nada ressarcido.

Ainda, necessário notar – e da prática já é possível perceber isso – que, a depender do escopo dos estudos e projetos requeridos, existem particulares interessados em colaborar com a Administração Pública que aceitam participar do Procedimento de Manifestação de Interesse mesmo que inexistam expectativa de ressarcimento pelo material por eles levantados. A atratividade do Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser tamanha – ou os custos financeiros para o particular podem representar a ele tão pouca relevância – que para decidir por sua participação basta existir a mera possibilidade de manifestar os seus interesses, em forma de estudos e projetos, para que eventualmente sejam empregados pela Administração Pública, não sendo necessária a expectativa de ressarcimento.

Nesses casos, os particulares interessados percebem a mera participação no procedimento como um benefício maior que o custo para o desenvolvimento do material a ser entregue. Em poucas palavras: os particulares aceitam “doar” os seus estudos e projetos em troca das vantagens que reconhecem na potencial utilização deles para subsidiar a modelagem da concessão. Por outro ângulo, os particulares aceitam abrir mão da expectativa de direito pelo ressarcimento.

Portanto, lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse que a participação é condicionada à renúncia dessa expectativa de direito não é malferir o direito de ressarcimento – supostamente – assegurado em lei.

Com o apoio das ciências econômicas, sobretudo na teoria da utilidade marginal desenvolvida por Carl Menger (1983), entende-se que o valor atribuído aos bens varia de indivíduo para indivíduo e que nenhum indivíduo racional renuncia direitos ou expectativas de direito ao léu. A renúncia da expectativa de um direito, sob a perspectiva econômica, é apenas o efeito negativo de uma tomada de decisão do indivíduo, que possui efeitos positivos sobrelevados, que dão ensejo a uma situação de maior bem-estar do que aquela outra situação que se sucederia numa hipotética não-renúncia desse direito. Grosso modo, o indivíduo renuncia a uma expectativa de direito porque vale a pena renunciar; caso contrário, jamais renunciaria.

Embora represente uma obviedade, cumpre realçar que o valor que os indivíduos dão às coisas é subjetivo, depende do sujeito que lhe atribui, pois varia conforme a escassez que lhe representa e a utilidade que lhe confere. Dessa sorte, há bens cujos valores não são tangíveis e que nem sempre podem ser representados em pecúnia. O direito de ressarcimento é sobre os dispêndios correspondentes aos estudos empregados na licitação pública e realizados pelo poder concedente ou com sua autorização. Assim, visto que *dispêndio* é termo cujo conceito remonta a outros termos como *prejuízo* e *dano*, se considerado sob a perspectiva de valores tangíveis ou intangíveis, concluir-se-á que haverá casos em que os benefícios intangíveis percebidos pelo particular em sua participação no Procedimento de Manifestação de Interesse, por si sós, cobrem os prejuízos e danos que decorrem dos gastos e despesas tangíveis (pecuniárias), não sendo necessário adicionar à balança o benefício da expectativa do direito de ressarcimento.

A *escassez* inerente à oportunidade de participar do Procedimento de Manifestação de Interesse e a *utilidade* que lhe confere o potencial de fazer valer os seus interesses na modelagem da concessão superam os custos financeiros assumidos pelo particular. Como resultado, é natural que o particular aceite renunciar à sua expectativa de direito de ressarcimento pecuniário por lançar-se ao benefício intangível de participar da modelagem da concessão.

Essa situação pode ser traduzida no sentido de que a valoração percebida pelo particular em sua participação no Procedimento de Manifestação de Interesse legítima para si a atribuição de *custo zero* ou *dispêndio nulo* em seus estudos e projetos. Compensa-se o dispêndio

pecuniário com o benefício intangível: nesse cenário particular, inexistirá dispêndio de valores se atendida a compensação entre os valores tangíveis e intangíveis envolvidos na realização e oferta dos estudos.

Sob essa perspectiva, descabe defender que sempre haverá dispêndios – prejuízo, dano – para o particular autorizado, pois em alguns casos a realização dos estudos se dará mediante a opção de assunção integral dos custos financeiros.

É por isso que não é razoável entender pela obrigatoriedade de ressarcimento dos dispêndios, pois em alguns casos simplesmente, numa conceituação ampla, não haverá dispêndio.

Caberá à Administração Pública estar sensível a situações em que o Procedimento de Manifestação de Interesse será potencialmente mais eficaz sem que haja o dever de ressarcimento pelo vencedor da licitação pelos dispêndios financeiros em razão do procedimento. A Administração Pública deve avaliar, ao lume do interesse público, se lançar um Procedimento de Manifestação de Interesse sem a expectativa de ressarcimento dos particulares participantes tornará a concessão mais eficiente por diminuir os custos da concessão e, com isso, obter contrato mais vantajoso aos usuários.

Considerando-se, então, (i) que o Procedimento de Manifestação de Interesse é procedimento voluntário e que carrega espírito de consensualidade; (ii) a existência de oferta de material financeiramente gratuito em razão dos benefícios intangíveis aferidos pelos particulares sobre a participação no procedimento; (iii) a reconhecimento de que qualquer expectativa de direito de ressarcimento é disponível; (iv) o reconhecimento de que, *ceteris paribus*, a inexistência de custos a serem ressarcidos resulta em maior eficiência ao contrato de concessão; conclui-se que o lançamento do procedimento sem a previsão de qualquer ressarcimento é legal e pode ser útil, mesmo que se entenda que o vencedor está obrigado a ressarcir os dispêndios havidos na fase pré-licitatória, pois nada impede seja promovido um Procedimento de Manifestação de Interesse de onde resulta não haver dispêndio a ser ressarcido.

Nesse caso, como renunciar a uma expectativa de direito é um direito, não uma obrigação, do mesmo modo que promover ou participar do Procedimento de Manifestação de Interesse é um direito e não uma obrigação, inexistirá restrição de direitos legalmente assegurados, pois o particular pode voluntariamente optar por: (i) participar de um Procedimento de Manifestação de Interesse em que deve renunciar à expectativa de direito de ressarcimento pelos dispêndios; ou (ii) não participar do Procedimento de Manifestação de Interesse. Nessa situação,

deverá considerar o valor que lhe confere a sua participação, se equivale ou supera a renúncia da expectativa de direito de ressarcimento.

Entender o contrário significaria que a Administração Pública não poderia se valer do Procedimento de Manifestação de Interesse quando o seu objetivo fosse recolher estudos e projetos que poderiam ser a ela entregues por pura espontaneidade, uma vez que, então, deveria recebê-los por doação e não pelo procedimento administrativo próprio. Entretanto, isso resultaria em afronta à isonomia, em vista que os outros particulares não poderiam também participar da modelagem. Demais disso, tampouco poderia a Administração Pública estabelecer no regulamento do Procedimento de Manifestação de Interesse os limites máximos de valores a serem ressarcidos, uma vez que isso se caracterizaria como uma derrogação do direito previsto no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. Não se trata de uma restrição de direitos, mas de um processo voluntário em que o particular se dispõe a não assumir tal expectativa de direito.

Insista-se que o direito de ressarcimento é subjacente ao propósito do Procedimento de Manifestação de Interesse. Afinal, não há sequer o direito de se exigir o procedimento e, quando ele é empreendido, é em tudo voluntário e consensual, dotado de caráter cooperativo, de compartilhamento de interesses por outros meios que não a contratualidade, desde a sua concepção até a participação.

Entender que Administração Pública não tem o direito de exigir a renúncia à expectativa de direito de ressarcimento como condição de participação do Procedimento de Manifestação de Interesse, em última análise, significaria também entender que a Administração Pública não pode deixar de ressarcir os estudos produzidos e não utilizados na licitação pública, tampouco exigir a transferência dos direitos patrimoniais autorais desse material.

Em que pese a prática comum, isso seria ilegal em vista de que qualquer participação no Procedimento de Manifestação de Interesse demanda uma eventual renúncia ao direito de ser ressarcido pelos serviços prestados à Administração Pública e pode exigir a cessão não-onerosa dos direitos patrimoniais autorais sobre o material. Assim, como a Administração Pública não pode se enriquecer sem causa e, pelo raciocínio, não poderia exigir tal renúncia de direitos, estaria obrigada a sempre indenizar os participantes de procedimentos administrativos voluntários como esse.

A previsão ou não de ressarcimento pelos estudos é mais uma decisão discricionária que deve tomar a Administração Pública, acompanhada da devida fundamentação e exposição de motivos. De todo

modo, é patente que a opção pelo não ressarcimento será mais adequada para os casos em que o Procedimento de Manifestação de Interesse envolver estudos mais básicos e preliminares do que quando envolver estudos sobremaneira complexos e custosos, pois que nesses últimos haveria um desincentivo exagerado para a participação no procedimento.

Em termos práticos, quando a Administração Pública não pretender ressarcir os eventuais interessados na etapa preliminar de planejamento das concessões comuns e parcerias público-privadas e, por isso, especificar no edital a inexistência de ressarcimento, a autorização a ser concedida para os estudos não integrará o dever de ressarcimento por parte do licitante vencedor. Para conferir segurança jurídica à Administração Pública, sugere-se que nesses Procedimentos de Manifestação de Interesse seja exigido o reconhecimento da ausência de expectativa de direito de ressarcimento mesmo em caso de efetiva utilização na licitação pública – lembre-se que a renúncia interpreta-se estritamente (artigo 114 do Código Civil) e que já é exigida essa renúncia em todo Procedimento de Manifestação de Interesse, só que geralmente se condiciona à não-utilização dos estudos e projetos na licitação pública.

Enfim, embora se possa considerar a interpretação da obrigatoriedade de ressarcimento pelo vencedor da licitação sobre todo e qualquer dispêndio financeiro havido na fase pré-licitatória, a hermenêutica mais apropriada é em sentido contrário, de que haverá casos em que será obrigatório e casos em que não será, a depender do juízo da Administração Pública, que deve optar pelo que atender ao interesse público com maior rigor.

Supõe-se que, quando se redigiu o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, era época em que não se pensava em voluntariedade para a produção desses estudos e projetos que subsidiam as modelagens. Em vista disso, tentou-se desonerar a Administração Pública desse encargo financeiro remetendo-o ao concessionário que, por sua vez, diluiria esses custos entre os usuários, responsáveis pelo pagamento das tarifas nas concessões comuns. No entanto, a redação aplicada à contemporaneidade pode causar as dúvidas ora apresentadas sobre a obrigatoriedade de aplicação desse dever de ressarcimento.

Atualmente, em vista do direito administrativo consensual e em respeito à constatação fática de que existem situações em que o oferecimento de estudos ocorre por mera liberalidade dos particulares, o eventual dever de ressarcimento do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995, mesmo que entendido efetivamente como uma regra, deve ser relativizado para conceber o termo dispêndio também por suas facetas intangíveis, admitindo-se a compensação hipotética que dará ensejo ao

dispêndio nulo, ou ainda, para admitir a possibilidade de se promover o Procedimento de Manifestação de Interesse sob a condição de renúncia do direito de ressarcimento pelos particulares autorizados.

Vale rememorar que a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse é voluntária, não havendo qualquer benefício direto ou vinculado àquele que apresentar os estudos posteriormente aproveitados no procedimento licitatório. A princípio, o Procedimento de Manifestação de Interesse não deve ser encarado, em si, como uma oportunidade de negócios para que particulares sejam remunerados pela participação, mas como uma oportunidade de diálogo, de compartilhamento de interesses tendentes a estruturar um projeto concessório.

Lembre-se que qualquer interessado na concessão poderá participar do processo licitatório correspondente, independentemente de ter oferecido alguma manifestação de interesse no Procedimento de Manifestação de Interesse – que, repita-se, é um procedimento voluntário –, pelo que o entendimento ora exposto, salvo melhor juízo, se coaduna com os objetivos do instituto ora comentado e com as finalidades perseguidas pelo direito administrativo contemporâneo.

Entende-se que a interpretação contrária, se aplicada, tornar-se-ia demasiadamente irrazoável. Caso se escape um pouco do tema do Procedimento de Manifestação de Interesse, perceber-se-á, como indicado, que esse raciocínio impende consequências graves sobre contratos de concessão comum e parcerias público-privadas que não foram precedidas de ressarcimento dos dispêndios pelo vencedor da licitação. Substituindo-se o sujeito responsável pelos dispêndios, considerando que tenham sido empreendidos diretamente pela Administração Pública, a interpretação que obriga o dever de ressarcimento pelo vencedor da licitação pública enseja o entendimento de que quaisquer despesas realizadas pelo poder concedente, vinculadas à concessão e úteis para a licitação, devem ser especificadas no edital e ressarcidas. E mais, dá suporte para entender que os particulares que participaram de Procedimentos de Manifestação de Interesse cujo regulamento previu a inexistência de ressarcimento ou a limitação desse ressarcimento podem pleitear em juízo a indenização pelos prejuízos assumidos. O raciocínio não parece próprio, em vista de que o que houve nesses casos, bem verdade, foram expressões de liberalidade desses particulares, que estavam cientes de que não haveria tal ressarcimento, estavam cientes da ausência de expectativa de direito de ressarcimento.

Ressalva essencial: em alguns casos a regulamentação do Procedimento de Manifestação de Interesse empreendida pelo Poder

Executivo dispôs que todos os procedimentos deverão conceder o direito de ressarcimento pelo vencedor da licitação pública aos particulares que tiverem os estudos selecionados e empregados na modelagem. É o caso do Decreto Federal nº 5.977/2006²⁸⁸, por exemplo. Nesses casos, a discricionariedade da Administração Pública foi exercida pelo chefe do Poder Executivo, que entendeu por bem padronizar a todos os Procedimentos de Manifestação de Interesse a possibilidade de se originar esse direito. Nesses casos, resta restritíssima a margem de discricção para se lançar o procedimento sem a previsão de ressarcimento, por ocasião de que, caso se deseje assim promovê-lo, se deverá justificar com muita propriedade o motivo para a não subsunção daquele procedimento específico à hipótese regulamentar.

5.4.8.2 Procedimento de Manifestação de Interesse com previsão de direito de ressarcimento

Conquanto a discussão mais acirrada se encontre na possibilidade de se promover Procedimento de Manifestação de Interesse sem o direito de ressarcimento, o mais comum é que o edital contenha a previsão de direito de ressarcimento pelos dispêndios havidos nos estudos apresentados e efetivamente empregados na modelagem da concessão.

As vantagens em se assegurar o direito de ressarcimento acaso os estudos sejam empregados na licitação pública são expressivas. Elas envolvem um maior incentivo à participação no procedimento, inclusive daqueles interessados com menor capacidade financeira, cuja perspectiva de ressarcimento é essencial para a tomada de decisão a respeito de sua participação. Assim, o particular pode eventualmente recuperar os dispêndios correspondentes às contratações de consultores para a elaboração de estudos técnicos especializados e recompor a deterioração patrimonial ocasionada pela cessão dos direitos patrimoniais autorais concernentes aos projetos. Há também um incentivo maior à manutenção do interesse e da atenção dos particulares no projeto após a entrega dos estudos, ao emprego de recursos de maneira a que o projeto seja

²⁸⁸ Art. 14 [...]§ 2º O edital para contratação da parceria público-privada conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações utilizados na licitação.

construído de forma profissional e o maior estímulo à inovação e a busca de soluções mais efetivas. (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 12)

Em seu aspecto procedimental, o corriqueiro é que a avaliação dos valores solicitados para ressarcimento se dê após a avaliação de mérito dos estudos e somente sobre aqueles selecionados. Porém, nada impede que essas etapas sejam invertidas e que sejam avaliados os valores para ressarcimento antes da etapa de avaliação de mérito, ocasião em que todos os estudos estarão sujeitos a esta etapa.

Registre-se, apenas, que o aceite do particular a respeito do valor do ressarcimento é condição para que a Administração Pública empregue seus estudos na licitação pública, em quaisquer dos casos. Mesmo que haja a disponibilização ou a publicação integral dos estudos, a Administração Pública somente poderá se valer deles caso se chegue a um acordo sobre o valor do ressarcimento, conforme os parâmetros definidos no edital.

Para a etapa, então, deverão ser levantados para análise os valores apresentados para eventual ressarcimento daqueles estudos e projetos que tiverem sido selecionados. Esses valores já devem ter sido apresentados pelos particulares quando da entrega dos seus estudos e projetos.

A análise pode ser efetuada pela mesma comissão que conduziu o procedimento até então ou outra comissão específica para a análise, bastando que seja mantida a autoridade competente pelo setor ou órgão da entidade promotora do Procedimento de Manifestação de Interesse. É possível, também, que essa avaliação seja efetuada por consultoria independente contratada pela Administração Pública especialmente para a tarefa²⁸⁹. Nada obstante, é consentido que haja previsão, no edital de solicitação de manifestação de interesse, para que as eventuais discordâncias quanto aos valores sejam levadas à mediação ou à arbitragem, o que seguirá, então, os procedimentos próprios da câmara arbitral.

Pois bem. Para que se evite um possível superfaturamento dos custos a serem eventualmente ressarcidos, deverá se avaliar a correspondência dos valores referentes aos custos dos estudos com o valor habitual praticado pelo mercado, podendo-se levar em consideração o valor médio da hora técnica referente a cada tipo de estudo.

Caso a comissão conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os valores usuais para projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares, deverá arbitrar o montante nominal para

²⁸⁹ No mesmo sentido, Georgina Dellacha e John t. Hodges (2007, p. 12).

eventual ressarcimento. Caso conclua pela compatibilidade, a comissão deverá registrar a aprovação desses valores no processo administrativo que acompanha o Procedimento de Manifestação de Interesse, vinculando a licitação pública que eventualmente dele decorra à previsão no edital do dever de ressarcimento por parte do vencedor da licitação.

O valor arbitrado pela comissão poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que haverá oportunidade de recurso administrativo à autoridade superior, nos termos da Lei Federal nº 9.784/1999: prazo para interposição de dez dias a contar da ciência da valor rejeitado, caso inexistir prazo mais benéfico no regulamento do Procedimento de Manifestação de Interesse ou diverso em lei local. Esta decisão é atacável por todos os meios e modos tal como qualquer outro ato administrativo.

O aceite do particular deve ser acompanhado de anuência expressa a ser anexada no processo administrativo do Procedimento de Manifestação de Interesse, registrando-se a renúncia de quaisquer outros valores pecuniários relacionados a tais estudos.

Caso não se chegue a um consenso, a Administração Pública não poderá se valer das informações contidas nos documentos selecionados, os quais deverão ser retirados pelo particular em durante o período determinado, que em âmbito federal é de 30 dias, a contar da data da última decisão a respeito do tema. Caso contrário, os estudos deverão ser arquivados ou destruídos.

Nesta hipótese, faculta-se à comissão a seleção de outros estudos e projetos apresentados e anteriormente rejeitados, ocasião em que se dará reinício à etapa de análise dos respectivos custos.

Os valores aceitos pela Administração Pública e empregados na licitação pública serão ressarcidos pelo vencedor do certame. Ou seja, a Administração Pública não arcará com os dispêndios havidos em razão da elaboração dos estudos e projetos recebidos por Procedimento de Manifestação de Interesse.

Quando o aproveitamento dos estudos oferecidos pelo particular é apenas parcial, ou seja, a Administração Pública não seleciona a integralidade do seu trabalho para utilizar como base para a licitação pública, mas tão somente parte deste, o ressarcimento devido pelo licitante vencedor corresponderá apenas aos custos dos estudos efetivamente utilizados²⁹⁰.

²⁹⁰ A pesquisa empírica de Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério

É natural que ao final do Procedimento de Manifestação de Interesse, por ocasião da avaliação e seleção dos estudos, a Administração Pública ainda não tenha consolidado a modelagem final da concessão, tampouco decidido a respeito do lançamento da licitação pública. Como o direito de ressarcimento está vinculado ao lançamento da licitação pública e ao efetivo emprego desse material como subsídio, o particular não adquirirá o direito ao ressarcimento com a atribuição dos valores conferida pela comissão. Embora os valores já possam ser definidos, tratam-se de valores que somente serão ressarcidos em caso de efetiva utilização em favor da licitação. É possível, portanto, que a comissão considere os valores compatíveis, que os estudos sejam vinculados ao processo administrativo que dará origem à licitação, mas que não sejam efetivamente nela empregados, o que fará com que o particular não adquira o direito de ressarcimento.

5.4.8.3 O ressarcimento deve ser condição para a celebração do contrato de concessão

O dever de ressarcir não é um ônus que o vencedor de licitação pública incorpora pelo simples fato de ter recebido a adjudicação do objeto da licitação pública, como expressa a literalidade do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995. O dever de ressarcir só pode ser interpretado em conjunto com a aquisição do direito de assinatura do contrato. Explicando melhor: o vencedor da licitação, nessa qualidade, ainda não detém o direito de ser concessionário, o que quer dizer que ainda adquiriu direito de assinar o contrato ou de explorar a atividade que lhe será delegada.

Logo, não é razoável admitir que da adjudicação da licitação pública se origina tal obrigação, pois, considerando-se, por hipótese, que o objeto da concorrência já tenha sido adjudicado, mas que o certame

Salgado (2012, p. 19) relata que os Procedimentos de Manifestação de Interesse no Brasil costumam ser regulamentados conforme o exposto:

“Por outro lado, com relação ao ressarcimento ao autor dos estudos selecionados, observamos que o edital de PMI prevê que o ressarcimento será realizado pelo licitante vencedor do futuro edital de licitação da PPP, prevendo-se ainda a possibilidade de remuneração parcial, na hipótese de aproveitamento de parte dos estudos de viabilidade. Há casos ainda em que o PMI prevê que, na hipótese do vencedor do procedimento não concordar com a remuneração arbitrada, este poderá recolher os estudos apresentados ou exigir que sejam destruídos.”

ainda careça de homologação, o direito do vencedor da licitação à concessão ainda estará sujeito a um juízo de mérito da autoridade competente. (NIEBUHR, 2011, p. 578)

Daí que eventual revogação da licitação geraria verdadeiro e desnecessário transtorno ao licitante vencedor. Em leitura fria da lei, ele seria obrigado a ressarcir os proponentes que tiveram os seus estudos empregados no certame e teria que buscar posterior indenização junto à Administração Pública. Nesse caso, a interpretação mais adequada é outra: se houver revogação em licitação com previsão de ressarcimento de estudos, quem assume o dever de ressarcir é a Administração Pública.

Situação pior seria em caso de anulação do certame. Apesar de a doutrina indicar com razão o direito à indenização pelos danos causados ao licitante que não concorreu para o ilícito gerador da nulidade (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 616), a questão é bastante controversa, pois em sentido contrário aponta a própria Lei Federal nº 8.666/1993 e uma súmula do Supremo Tribunal Federal²⁹¹. Daí que a interpretação textual do dispositivo comentado, desvinculada do direito à concessão, poderia levar à conclusão de que o vencedor da licitação anulada estaria obrigado a indenizar os estudos utilizados para aquele certame. Em caso de anulação do certame, caso o proponente dos estudos não tenha contribuído direta ou indiretamente para a nulidade, caberá a ele ser ressarcido pela Administração Pública.

O direito ao ressarcimento nasce com o lançamento do edital da licitação pública. E o dever de ressarcimento só pode ser reconhecido após a homologação do resultado da licitação pública, como condição de assinatura do contato, momento em que deve ser apresentada a quitação

²⁹¹ Lei Federal nº 8.666/1993

Art. 49. [...] § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Art. 59 [...] Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

pelos autores dos estudos e projetos utilizados, conforme especificado no edital. Ressalve-se que quando o vencedor da licitação for o próprio autor dos estudos selecionados e utilizados na licitação, restará prejudicada a obrigação de ressarcimento²⁹².

5.4.9 Roteiro sintético das etapas para o lançamento e para a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse

Apresenta-se neste tópico um roteiro sintético da sequência de etapas que envolve o lançamento e a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse. Alguns aspectos não investigados nos tópicos anteriores, foram desenvolvidos com exclusividade e destaque no presente, especialmente os seguintes: (i) a proposta de solicitação interna de Procedimento de Manifestação de Interesse; (ii) a análise da autoridade competente sobre a viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse; e (iii) a análise de mérito sobre a modelagem final da concessão comum ou da parceria público-privada. Os demais itens desse tópico contêm informações já desenvolvidas, que ora encontram-se sintetizadas em forma de roteiro. Sobre as etapas já versadas anteriormente, recomenda-se que a leitura leve em conta as considerações tecidas nos respectivos tópicos.

Em suma, o procedimento perpassa as etapas do roteiro adiante elencado: (i) é identificada pela Administração Pública – de forma direta ou após recebimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) – uma necessidade pública sujeita à satisfação por concessão comum ou por parceria público privada cuja estruturação por Procedimento de Manifestação de Interesse é compatível, viável, conveniente e oportuna; (ii) por meio da publicação de edital de solicitação de manifestação de interesse, a Administração Pública anuncia à coletividade a sua pretensão de estruturar a delegação de alguma utilidade pública, solicitando que particulares manifestem se há interesse em apresentar estudos e projetos, por conta e risco, para as modelagens com vistas à concessão, oferecendo-lhes, conjuntamente, as diretrizes do procedimento administrativo em que será promovida tal colaboração, que servirão como guia para a participação e para a produção do material

²⁹² Neste sentido, Oswaldo Lelis Tursi (2011): “Finalmente, quando o autor ou responsável financeiro pelo projeto, nos casos especificados, não lograr vencer o processo licitatório, deverá ser ressarcido de todos os custos pelo vencedor.”

pretendido; (iii) os particulares acenam a intenção de colaborar com o projeto e recebem a autorização para a participação no procedimento, que conterà o período para a elaboração e o prazo para a apresentação dos estudos; (iv) durante o período de elaboração dos estudos, os participantes podem se reunir ou se comunicar com os representantes da Administração Pública para receberem maiores informações pertinentes ao projeto, em sessões públicas abertas e painel permanente de solicitações de esclarecimento; (v) como produto, os participantes oferecem os estudos que consideram adequados e que esperam sejam aproveitados para a modelagem da concessão; (vi) a Administração Pública recebe os estudos, dá publicidade a eles, avalia o seu conteúdo e decide, de forma justificada, pelo aceite ou descarte de cada produto apresentado, bem como, se houver previsão no edital, avalia o valor do eventual direito de ressarcimento a ser adquirido caso os estudos sejam empregados na licitação pública; (vii) de posse do material, a Administração Pública pode dele se valer para subsidiar parcial ou integralmente a consolidação dos estudos e projetos que darão forma à modelagem final do projeto concessório; (viii) a autoridade competente analisa o mérito do projeto consolidado e, caso confirmada a inclinação inicial em favor da celebração de contrato de concessão, dá seguimento ao atendimento dos requisitos para o lançamento da licitação pública.

5.4.9.1 A proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse: identificação de uma necessidade da Administração Pública passível de ser satisfeita por concessão ou recebimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)

Elaborar um projeto depende da prévia identificação de alguma necessidade, para que dela exsurja a sua utilidade: encontrar meio de satisfazê-la. A identificação de necessidade pública que possa ser satisfeita por meio de concessão comum ou de parceria público-privada é etapa prévia e obrigatória ao Procedimento de Manifestação de Interesse. Como o objeto do procedimento é o planejamento, a estruturação, a modelagem de concessões, requer-se, como condição, que exista um problema que possa ser satisfeito por meio delas. O diagnóstico deve ser a via concessória. Ficam excluídas da possibilidade de ensejar Procedimento de Manifestação de Interesse, portanto, todas as necessidades pública que não possam ser assim solucionadas, como aquelas cuja satisfação se dá exclusivamente pelas vias ordinárias da contratação (contratação de obras e serviços comuns, por exemplo).

Em seu aspecto subjetivo, a identificação da necessidade pública que dará ensejo ao Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser percebida tanto por órgão ou entidade da Administração Pública como por particular interessado.

A proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse oferecida por particular se dá pela apresentação do que comumente é denominado por Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP, tema já enfrentado²⁹³. Uma vez recebida a proposta do particular, deve-se seguir à análise de mérito, tema que será versado no próximo item.

Trata-se por ora da proposta interna de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse, elaborada por agentes públicos e apresentada em nome do órgão ou entidade em que laboram e estão vinculados.

Após a identificação de necessidade pública cuja solução é potencialmente viável a partir de concessão comum ou de parceria público-privada, deve-se perquirir a respeito da conveniência da realização do Procedimento de Manifestação de Interesse, ao lume do interesse público. Ou seja, deve-se justificar o porquê do procedimento; o porquê de se promover um Procedimento de Manifestação de Interesse e não um planejamento por via tradicional, por intermédio do corpo técnico da entidade ou por contratação de consultoria especializada. Deve-se estimar o benefício potencial do Procedimento de Manifestação de Interesse em comparação com outros possíveis cenários de planejamento da concessão, registrando-se em forma de justificativa os elementos que consubstanciam a conclusão em favor do instituto. Evidentemente, se a conclusão for contrária, não há que se falar em Procedimento de Manifestação de Interesse.

É adequado que sejam anexados estudos preliminares mínimos que tornem possível uma análise técnica incipiente da viabilidade do projeto, incluindo-se, sempre que houver, as estimativas de custos, o valor máximo para ressarcimento²⁹⁴ e o cronograma pretendido com a indicação do prazo máximo para o recebimento dos estudos. Também é oportuno apontar quais estudos serão solicitados aos interessados,

²⁹³ Ver 5.4.5. *A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e as Propostas Não Solicitadas (PNS)*

²⁹⁴ Há casos em que o valor máximo para eventual ressarcimento já é definido pelo decreto regulamentador. Veja-se, como exemplo, o parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina.

restringindo-se e indicando-se os parâmetros que formarão o escopo do material a ser apresentado pelos interessados, bem como quais critérios objetivos serão considerados para a seleção do material recebido. Sem embargo, caso a Administração Pública não disponha desses estudos preliminares, é suficiente que seja indicado tão somente o problema, ou seja, que se identifique apenas, mas detalhadamente, a necessidade a ser solucionada. Todas essas informações comporão a delimitação do escopo dos estudos requeridos a ser registrada no futuro edital de solicitação de manifestação de interesse. Remeta-se o leitor ao tópico pertinente para maiores informações sobre o conteúdo dessas informações²⁹⁵.

Caso da realização do Procedimento de Manifestação de Interesse se origine algum impacto orçamentário – como, por exemplo, se houver previsão de contratação de consultoria especializada para acompanhar o procedimento ou para auxiliar no processo de consolidação final da modelagem –, esta informação também deve ser anexada²⁹⁶.

Todos esses elementos deverão ser registrados em documentação cujo propósito é solicitar à autoridade competente o lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse. É pertinente reconhecer a autonomia dessa etapa, denominando-se tal documentação como *proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse*²⁹⁷.

A proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser encaminhada à autoridade competente para tomada de decisões a respeito da delegação da utilidade pública referente à necessidade identificada. Essa proposta de solicitação representa a fase introdutória e preparatória do procedimento administrativo (MEDAUAR, 2012, p. 188) que ensejará a tomada de decisão a respeito do Procedimento de Manifestação de Interesse e, por isso, deve ser acompanhada de todas as formalidades aplicáveis ao respectivo órgão ou entidade, com a devida observância dos princípios e valores constitucionais a que está sujeito o processo administrativo.

Cabe esclarecer que nada impede que a própria autoridade competente seja a responsável pela elaboração dessa documentação, situação em que não haverá proposta de solicitação de Procedimento de

²⁹⁵ Ver 5.4.3 *O instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse*

²⁹⁶ Tal como consta no inciso III do artigo 4º do Decreto Estadual nº 12.653/2011, do Estado da Bahia.

²⁹⁷ É a nomenclatura adotada pelo Estado de Santa Catarina, conforme o parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto Estadual nº 962/2012.

Manifestação de Interesse propriamente dita, mas tão somente a direta composição dos documentos e a análise de mérito sobre a viabilidade do procedimento, que será exposta a seguir.

5.4.9.2 A análise da autoridade competente sobre a viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse

Recebida a proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse ou a Manifestação de Iniciativa Privada – MIP, a autoridade competente deve realizar juízo de mérito sobre a viabilidade do procedimento, o que significa que deverá avaliar a harmonia da solicitação ao plano de atividades da Administração Pública.

Em primeiro lugar, deve avaliar a consistência das justificativas apresentadas para sustentar a potencial viabilidade de satisfação da solução pela via da delegação da prestação de utilidades públicas. Acaso se verifique que a solução concessória é inadequada, incabível ou improvável, a análise sobre a proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse se encerra sumariamente, restando prejudicado o seu lançamento, em vista da absoluta inocuidade de se promover procedimento – com todos os interesses, esforços, dispêndios e pessoas nele envolvidos – que já se sabe infrutífero.

O juízo de viabilidade da solução concessória, nessa etapa, é sumário, preliminar. O objetivo é evitar o lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse cujo objeto seja sabidamente incompatível, por alguma razão, com a celebração de concessão comum ou de parceria público-privada. O material apresentado na proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse – aqui incluída a eventual Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) – pode e deve ser utilizado para dar suporte a essa avaliação.

Em outras palavras, deve-se perquirir a consistência potencial da via concessória – o que implica empreender juízo preliminar a respeito de sua necessidade e conveniência, bem como verificar a existência dos requisitos legais que admitam-na.

Por exemplo, em caso de proposta de Procedimento de Manifestação de Interesse para parceria público-privada, deve-se verificar se não há algum impeditivo sumário e notório, como: (i) se o objeto do projeto pode ser delegado a particulares; (ii) se o valor total estimado para o contrato será superior a vinte milhões de reais; (iii) se o escopo do projeto não se restringe exclusivamente ao fornecimento de mão-de-obra ou fornecimento e instalação de equipamentos ou mera execução de obra pública; (iv) se será potencialmente viável o prazo de 5

a 35 anos; (v) se será possível repartir objetivamente os riscos do projeto; (vi) se será viável estabelecer critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; (vii) se se poderá vincular a remuneração do parceiro privado ao alcance de metas e padrões de desempenho e disponibilidade (ALVES e GRILO, 2011, p. 22).

Percebida a potencial viabilidade da solução concessória, a autoridade competente decidirá sobre a proposta de solicitação do Procedimento de Manifestação de Interesse, apreciando o conteúdo da documentação recebida e o seu mérito. Preferencialmente, o projeto deve revestir-se de caráter prioritário para o plano de governo ou para o plano de atividades da entidade promotora, caso contrário, haverá que se perquirir de forma mais aprofundada a sua pertinência de modo a ensejar a sua inserção no respectivo planejamento²⁹⁸. A autoridade competente decidirá sobre a sua procedência, novamente em consideração à conveniência e à oportunidade para o interesse público. Mais detalhadamente, significa dizer que, por ocasião da tomada de decisão a respeito da viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse, demanda-se que a autoridade competente elenque detalhadamente os motivos, ou seja, fatos e fundamentos jurídicos que sustentem a conveniência e a oportunidade da decisão pelo lançamento do procedimento (FREITAS, 2009, p. 28). Para tanto, reclama-se a análise de fatores como a capacidade institucional do ente promotor – o que significa avaliar se há meios para gerenciar o Procedimento de Manifestação de Interesse e mesmo a própria concessão comum ou parceria público-privada que eventualmente dele resultar –, a existência de recursos orçamentários compatíveis com o requerido pela o desenvolvimento do procedimento, a compatibilidade do objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse com os projetos do plano de governo e a relevância da demanda pública a ser satisfeita. (PEREIRA, 2011, p. 8)

Em caso de procedência da proposta de solicitação, será autorizado o Procedimento de Manifestação de Interesse, sem prejuízo de serem sugeridas eventuais alterações sobre o conteúdo da documentação. Caso negativo, a proposta de solicitação deverá ser arquivada, motivadamente,

²⁹⁸ Destaque-se em alguns países (Chile, Costa Rica, Itália) e na própria Administração Pública federal (artigo 1º do Decreto Federal nº 5.977/2006) apenas Procedimentos de Manifestação de Interesse que versem sobre projetos prioritários e estratégicos são admitidos. (DELLACHA e HODGES, 2007, p. 14)

e o titular do órgão ou entidade proponente, ou ainda, o particular proponente, devidamente cientificado. Ressalve-se a possibilidade de se retornar a documentação à origem para complementação²⁹⁹, se for do melhor interesse.

Registre-se que os decretos regulamentadores do Procedimento de Manifestação de Interesse costumam indicar o ente competente para a aprovação da proposta de solicitação e a emissão da consequente autorização para o lançamento de Procedimento de Manifestação de Interesse.

É possível que exista um órgão gestor de parcerias público-privadas no âmbito do ente federativo, que representará, para aquilo e para aqueles que estiverem consigo vinculados, a autoridade competente para a análise da proposta. É possível também que a forma de organização envolva o órgão gestor das parcerias público-privadas em conjunto com órgão, ou ainda, somente o órgão ou entidade responsável³⁰⁰.

No âmbito federal, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP é o órgão responsável por gerenciar as parcerias público-privadas e representa a autoridade competente para receber a proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse. Contudo, como a legislação federal não incluiu as concessões comuns dentre as competências desse órgão gestor³⁰¹, tampouco regulamentou o objeto do

²⁹⁹ É como estabelece, por exemplo, o parágrafo 4º do artigo 1º do Decreto Estadual nº 57.289/2011), do Estado de São Paulo.

³⁰⁰ Por exemplo, organiza-se por órgão gestor o Estado de Santa Catarina (Decreto Estadual nº 962/2012); por órgão gestor em conjunto com a respectiva secretaria de Estado: o Estado do Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 43.277), o Estado da Bahia (Decreto Estadual nº 12.653/2011) e o Estado de São Paulo (Decreto Estadual nº 57.289/2011); diretamente com o órgão ou entidade responsável: Estado de Goiás (Decreto Estadual nº 7.365/2011) e Estado de Minas Gerais (Decreto Estadual nº 44.565/2007).

³⁰¹ Cf. Lei Federal nº 11.079/2004

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:

I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

Decreto Federal nº 5.385/2005

Art. 3º Compete ao CGP:

VII - autorizar a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por pessoas físicas ou jurídicas não pertencentes à

Procedimento de Manifestação de Interesse de modo a abrangê-las³⁰², a autoridade competente para autorizar o procedimento na hipótese de a solução se enquadrar tão somente na via da concessão comum seguirá a regra geral de distribuição de competência por matéria e por órgão da Administração Pública federal.

5.4.9.3 A elaboração do instrumento convocatório: o edital de solicitação de manifestação de interesse

Uma vez autorizado pela autoridade competente, deve-se proceder à confecção do edital de solicitação de manifestação de interesse, que, como apresentado, é o instrumento convocatório do Procedimento de Manifestação de Interesse.

É no instrumento convocatório que devem ser dispostos todos os parâmetros que orientarão os particulares durante a elaboração dos estudos. A definição desses parâmetros é tarefa das mais importantes para o bom sucesso do Procedimento de Manifestação de Interesse e da futura concessão comum ou parceria público-privada. Antes de prosseguir, remeta-se o leitor ao tópico em que se discorre sobre o conteúdo do instrumento convocatório, onde foram desenvolvidas as considerações sobre o tema.

Em síntese, foram elencados os seguintes componentes para o edital de solicitação de manifestação de interesse: (i) a indicação do ente promovedor; (ii) a numeração do procedimento; (iii) a fundamentação legal do procedimento e a legislação aplicável; (iv) a descrição do objeto, da sua finalidade e a justificativa de sua conveniência e oportunidade; (v) os requisitos para a participação (condicionantes para o requerimento de autorização); (vi) o conteúdo das autorizações a serem outorgadas; (vii) o valor nominal máximo previsto para o ressarcimento (se houver); (viii) os

Administração Pública direta ou indireta, que possam ser eventualmente utilizados em licitação de parceria público-privada, desde que a autorização se relacione com projetos já definidos como prioritários pelo CGP, com o intuito de permitir o ressarcimento previsto no art. 21 da Lei no 8.987, de 1995;

³⁰²Cf. Decreto Federal nº 5.977/2006

Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3o, caput e § 1o, da Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004, destinado à apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da administração pública federal.

locais de recebimento da documentação; (ix) os critérios objetivos de avaliação e seleção dos estudos e projetos apresentados; (x) a composição da comissão de avaliação; (xi) as formas e os prazos para se apresentar pedido de esclarecimento sobre o teor do edital e para a resposta da Administração Pública, bem como a forma de solicitação de informações sobre o objeto do procedimento durante o período de elaboração dos estudos; (xii) o cronograma com os prazos para a apresentação do material elaborado e com o agendamento das eventuais sessões públicas para detalhamento do projeto; (xiii) definição dos meios de resolução das possíveis controvérsias que surgirem ao longo do procedimento; (xiv) termo de referência com o detalhamento e a delimitação do escopo do material a ser produzido, bem como dos produtos esperados e a forma de apresentação; (xv) minuta de formulário para o requerimento da autorização; (xvi) minuta de declaração de cessão dos direitos patrimoniais autorais.

Posteriormente à confecção da minuta do edital, aconselha-se que o documento seja enviado à assessoria jurídica do órgão ou entidade para apreciação, bem como a eventual órgão ou setor competente para a análise técnica da documentação. Após a aprovação técnico-jurídica, a autoridade competente deve autorizar o lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse e promover a sua publicação.

5.4.9.4 A publicação do Procedimento de Manifestação de Interesse

Conforme já destacado, à exaustão³⁰³, a publicidade do edital de solicitação de manifestação de interesse deve ser a mais ampla possível. Na Imprensa Oficial, caso não seja pertinente publicar a íntegra do edital, deve ser publicado somente um aviso sobre o procedimento, contendo as indicações para a obtenção do acesso integral. No sítio eletrônico do órgão ou da entidade promotora do Procedimento de Manifestação de Interesse, todos os documentos (edital e anexos) devem ser publicados na íntegra. Recomenda-se, em acréscimo, que a Administração Pública publique notícia a respeito do lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse por meio de seus veículos de imprensa e patrocine a publicação de sua existência em mídias de grande circulação.

³⁰³ Ver 4.3 *O desafio de transparência ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse*.

5.4.9.5 O recebimento dos requerimentos de autorização e a outorga das autorizações

Os responsáveis pela condução do Procedimento de Manifestação de Interesse, que podem ser os agentes públicos do respectivo órgão ou setor ou uma comissão especial designada para tanto, serão os responsáveis por gerenciar o recebimento dos requerimentos de autorização encaminhados pelos particulares interessados. Deve-se conferir a compatibilidade da documentação de cada particular interessado com os requisitos para a autorização e, escoado o prazo último para o recebimento dos requerimentos, deverá ser promovida a publicação conjunta de todos os termos de autorização correspondentes aos particulares que requereram e apresentaram os devidos documentos.

5.4.9.6 O acompanhamento da produção dos estudos³⁰⁴

Durante o período de acompanhamento da produção dos estudos, a Administração Pública poderá promover sessões abertas para o esclarecimento de detalhes a respeito do projeto. Nesse período, também, os responsáveis pela condução do Procedimento de Manifestação de Interesse deverão responder formalmente os pedidos de esclarecimentos apresentados pelos particulares, o que se sugere seja organizado no próprio sítio eletrônico do órgão ou da entidade da Administração Pública.

5.4.9.7 A entrega e a apresentação dos estudos pelos particulares

Os responsáveis pela condução do Procedimento de Manifestação de Interesse deverão receber os produtos dos estudos dos particulares autorizados, desde que não esgotado o prazo estabelecido no edital e que apresentados na forma lá prevista, mediante protocolo e emissão de recibo.

Caso o edital de solicitação de manifestação de interesse tenha previsto exposições finais orais dos projetos pelos particulares, essas sessões, que serão abertas, com informações de local e data previamente publicados na página eletrônica correspondente ao procedimento,

³⁰⁴ Ver 5.4.6. *O período de acompanhamento da elaboração dos estudos e projetos.*

deverão ser organizadas de maneira a assegurar aos particulares os recursos físicos que necessitarem para tanto, como, por exemplo, o uso de tecnologias da comunicação que requeiram equipamentos audiovisuais.

5.4.9.8 A etapa de avaliação e seleção dos estudos e a etapa de avaliação e atribuição de valores para eventual ressarcimento

Uma vez recebidos todos o material produzido pelos participantes, a comissão procederá à sua respectiva avaliação. Nada obstante, se a Administração Pública entender que os estudos e projetos requerem algum detalhamento maior, pode devolvê-los e abrir prazo para reapresentação³⁰⁵.

A depender da opção do edital, a avaliação se dará primeiro sobre o mérito dos estudos ou sobre os valores requeridos para ressarcimento (se houver previsão de ressarcimento). Como mencionado, o habitual é que primeiro seja avaliado o mérito dos estudos³⁰⁶, procedendo-se à seleção do conjunto de estudos pretendidos pela Administração Pública, para que somente depois seja avaliada a compatibilidade dos valores para ressarcimento sobre cada estudo desse conjunto.

Caso seja essa a opção, antes de se proceder ao mérito, a comissão deverá dar publicidade à íntegra dos estudos em seu sítio eletrônico ou, caso não seja possível, deverá disponibilizar forma equivalente de acesso aos eventuais interessados. Se o edital previu a avaliação dos valores de ressarcimento antes da avaliação de mérito dos estudos, a publicação e a disponibilização dos estudos aos interessados poderá ocorrer após essa etapa, no momento em que a Administração Pública obtiver o conjunto de estudos que será submetido à avaliação de mérito³⁰⁷.

³⁰⁵ Neste sentido, o parágrafo 1º do artigo 9º do Decreto Federal nº 5.977/2006.

³⁰⁶ Neste sentido, o artigo 13 do Decreto Federal nº 5.977/2006.

³⁰⁷ Há que se considerar a possibilidade de que algum particular rejeite a atribuição dos valores e não obtenha sucesso pela via recursal, ocasião em que o material será devolvido antes de seu recebimento formal como material integrante dos estudos e projetos apresentados e compatíveis com o regulamento daquele Procedimento de Manifestação de Interesse. Neste caso, em favor da preservação da propriedade intelectual do material elaborado pelo participante, bem como para resguardar a Administração Pública de eventual litígio, não incidirá a obrigação de publicação integral do conteúdo produzido, pois não será utilizado pela Administração Pública, a não ser que a sua publicidade seja consentida pelo

De toda sorte, o comum é que após o recebimento do material seja procedida a avaliação do mérito – cujo procedimento foi comentado em tópico próprio³⁰⁸. O seu resultado, registrado em ata, deve ser publicado oficialmente, contendo a indicação dos estudos selecionados e a respectiva exposição de motivos, devidamente detalhada e fundamentada. Os participantes devem ser notificados individualmente dessa decisão, a partir de quando iniciará o prazo para eventuais recursos administrativos. Passada a etapa dos recursos, a Administração Pública deterá o conjunto final dos estudos e projetos que devem passar pela etapa de atribuição do valor para eventual ressarcimento.

De posse desse material, então, pela opção tradicional, deverá se proceder à atribuição de valores para eventual ressarcimento caso sejam empregados na licitação pública (se houver previsão desse direito no edital do Procedimento de Manifestação de Interesse). A avaliação se dará a partir dos valores requeridos pelos próprios participantes quando da apresentação dos estudos. Então, os particulares que tiveram seus estudos selecionados deverão ser notificados a respeito da aceitação ou não dos valores por eles apontados como devidos. Nesta ocasião, caso o material haja sido valorado a menor pela Administração Pública e isso não seja aceito pelo particular, abrir-se-á novo prazo para a interposição de recurso administrativo.

Caso não se chegue a um acordo a respeito da valoração de algum material selecionado, deverá haver a devolução ao participante (ou a sua inutilização, caso não seja apanhado pelo proprietário)³⁰⁹ e a retirada da publicação integral desse material do sítio eletrônico da Administração Pública³¹⁰, ocasião em que a comissão poderá requerer dos demais participantes estudos que antes não foram selecionados³¹¹, reiniciando-se a etapa de atribuição de valores para eventual ressarcimento sobre esses estudos recém-selecionados. Caso se chegue a um acordo a respeito do valor, o particular deverá renunciar a quaisquer outros valores pecuniários relacionados com o material³¹².

particular.

³⁰⁸ Ver 5.4.7.2 *A etapa de avaliação dos estudos e projetos*

³⁰⁹ Cf. parágrafo 2º do artigo 13 do Decreto Federal nº 5.977/2006.

³¹⁰ É para se evitar este inconveniente que se considera adequado inverter a ordem tradicional e avaliar primeiro os valores apontados pelos particulares como devidos a título de eventual ressarcimento.

³¹¹ Cf. parágrafo 3º do artigo 13 do Decreto Federal nº 5.977/2006.

³¹² Cf. parágrafo 4º do artigo 13 do Decreto Federal nº 5.977/2006.

Passadas essas etapas, a Administração Pública conterà o conjunto final de estudos e projetos selecionados no Procedimento de Manifestação de Interesse.

5.4.9.9 A consolidação da modelagem final da concessão comum ou da parceria público-privada

A Administração Pública deverá consolidar a modelagem final a partir dos estudos e projetos selecionados no Procedimento de Manifestação de Interesse sem prejuízo da eventual combinação com informações técnicas disponíveis em outros órgãos ou entidades públicas, ou ainda, obtidas por outros meios, como por consultoria especializada que eventualmente tenha contratado para auxiliá-la no curso do procedimento.

O projeto final poderá ser constituído a partir de parcelas retiradas dos projetos selecionados. Ou seja, o modelo final, mesmo que subsidiado pelos projetos particulares, pode ser distinto de todos eles, pode conteúdos parciais de estudos oferecidos por diferentes interessados. Neste caso, o eventual direito de ressarcimento será proporcional ao que efetivamente tenha sido utilizado pela Administração Pública, conforme os parâmetros previamente acordados.

Demais disso, o edital deverá conter cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação pública ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos estudos e projetos originados do Procedimento de Manifestação de Interesse empregados na modelagem³¹³.

A modelagem final, então, contendo a minuta do edital, do contrato e seus anexos, será juntada ao respectivo processo administrativo que teve início com a proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse e encaminhada à autoridade competente para a tomada de decisão a respeito do mérito do projeto.

5.4.9.10 A análise do mérito (Value for Money) e dos requisitos legais do projeto de concessão comum ou de parceria público-privada

A autoridade competente, ao receber a modelagem final do projeto de delegação de utilidade pública, deverá analisar o seu mérito e a sua

³¹³ Cf. parágrafo 2º do artigo 14 do Decreto Federal nº 5.977/2006.

pertinência com os requisitos legais para o lançamento da licitação pública³¹⁴.

A análise de mérito do projeto, por vezes denominada como análise do *Value for Money* (especialmente em relação a projetos de parcerias público-privadas), tem o propósito de garantir e justificar a eficiência no uso dos recursos públicos, conferindo maior transparência na celebração dos contratos e, com isso, maior legitimidade e segurança jurídica. É condição para a tomada de decisão sobre a licitação pública.

Esse é o momento em que a Administração Pública deve justificar tecnicamente os motivos pelos quais está disposta a delegar a utilidade pública por intermédio de concessão e, por consequência, no caso de parceria público-privada, a assumir parte dos riscos do contrato e a responsabilidade por parcela ou pela integralidade da contraprestação do parceiro privado. A devida justificativa, com vistas a demonstrar a eficiência do modelo e a transparência do processo, é etapa absolutamente necessária para que se possa conferir credibilidade e legitimidade à contratação (ALVES e GRILO, 2011, p. 6). Como ensina Marçal Justen Filho (2003, p. 201-202):

Outorgar concessão ou permissão não se constitui apenas em opção política. A escolha entre desempenhar diretamente ou delegar a particulares depende de outros fatores. Precisa retratar a correta cognição da realidade, especialmente do ponto de vista técnico. Não se admite que o Estado decida-se pela delegação aos particulares sem que, previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas, econômicas envolvidas. [...]

O Estado *pode* prestar os serviços diretamente ou mediante concessão ou permissão. Mas a decisão por uma das alternativas *deve* fundar-se em motivos que objetivamente evidenciem aptidão a satisfazer o interesse público do melhor modo. Esses motivos não são apenas políticos. Consistem na demonstração da adequação técnica, econômica e jurídica da delegação. O Estado tem de

³¹⁴ Os requisitos legais para o lançamento de licitação pública de parceria público-privada, por exemplo, estão elencados no artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004, com destaque para a necessidade de previsão do objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado – nada impede que esses requisitos legais sejam atendidos a partir do recebimento da modelagem, alguns deles obrigatoriamente o serão, como o caso da consulta pública.

comprovar, no plano do conhecimento científico, que a delegação representa solução adequada e satisfatória.

Tratar-se-á com mais destaque da análise de mérito dos projetos de parceria público-privada, sem prejuízo de reconhecer que essas considerações são válidas, no mais das vezes, também, para as concessões comuns.

A obrigação da análise de mérito decorre da alínea “a” do inciso I do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004, que condiciona a abertura do processo licitatório, dentre a outras condições, à conveniência e à oportunidade da contratação³¹⁵. Em parceria público-privada, a conveniência e a oportunidade se justificam quando não há viabilidade para prestar o serviço com maior eficiência por outras formas, sobretudo por concessão comum ou diretamente – aqui incluída a possibilidade de contratações tradicionais pela Lei Federal nº 8.666/1993. Não se trata de justificar a importância do projeto (PRADO, 2011, p. 56), e sim que a parceria público-privada é a mais adequada das soluções, caso contrário, não será conveniente ou oportuna.

Justamente por isso é que não devem ser admitidas decisões açodadas em favor da viabilidade do projeto de delegação de utilidades públicas. A decisão por empreendê-la é das mais relevantes para todo o processo de delegação e, em virtude do dever de previdência e de diligência (JUSTEN FILHO, 2003, p. 203), a autoridade competente deve envidar esforços para perquirir a efetiva conveniência do projeto para o interesse público.

Como bem indica Pedro de Menezes Niebuhr (2008, p. 148), não são rasas as exigências dessa etapa preliminar, uma vez que deve “restar demonstrada a viabilidade técnica, ambiental e econômico orçamentária do projeto.”. Não basta a simples alegação de conveniência e oportunidade, “impõe-se a *consistente (teleologicamente unitária)* e

³¹⁵Lei Federal nº 11.079/2004

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; [...]

coerente (valorativamente harmônica) justificação” da decisão (FREITAS, 2009, p. 10). Grosso modo, o administrador público deve avaliar se projeto contempla o melhor custo-benefício, se representa a solução técnica, política, social e jurídica com o maior índice hipotético de benefício por despesa. Avaliar o mérito do projeto, portanto, significa fundamentar minuciosamente a sua conveniência e a sua oportunidade para o interesse público.

Na mesma linha encontra-se o artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004³¹⁶, que estabelece, dentre as diretrizes para a contratação de parceria público-privada, a transparência dos procedimentos e das decisões, a eficiência no emprego de recursos da sociedade pelo Estado, a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos e a responsabilidade fiscal na celebração dessas parcerias. São todas questões que merecem apreço da Administração Pública antes de se lançar uma parceria público-privada.

Leonardo Melhorato Grilo e Rubens Teixeira Alves, na obra “Guia prático de análise do Value for Money em projetos de PPP” (2011, p. 7-8), apontam que se faz necessária uma metodologia para avaliar o mérito do projeto antes de se proceder ao lançamento do edital licitatório, como ocorre no estrangeiro³¹⁷. Essa análise se dá em duas etapas principais: a análise qualitativa do mérito e a análise quantitativa do mérito.

A *análise qualitativa do mérito* subdivide-se em três aspectos: (i) análise de elegibilidade e de adequação do projeto à contratação em regime de parceria público-privada; (ii) análise do mercado, com vistas a

³¹⁶ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

³¹⁷ Os autores citam que países como Reino Unido, Irlanda, Holanda, África do Sul e Austrália desenvolveram metodologias para essa etapa. (GRILLO e ALVES, 2011, p. 6-7)

levantar informações sobre a competitividade e a capacidade técnico-financeira dos potenciais licitantes; e (iii) análise por meio de estudos de casos análogos, que servem como subsídio à concepção do projeto (modelo de gestão, estimativa de valores, análise da repartição de riscos) (ALVES e GRILO, 2011, p. 7).

Lucas Navarro Prado (2011, p. 57) adiciona à análise qualitativa os seguintes quesitos, que podem por ora ser considerados como critérios para aferir a adequação da contratação pela forma prevista: (i) estabilidade das especificações contratuais; (ii) objetividade e mensurabilidade das especificações contratuais; (iii) investimentos relevantes em termos de dimensão e risco; (iv) despesas de operação e manutenção relevantes em relação ao total de despesas do projeto.

Destaque-se a utilidade que pode representar o Procedimento de Manifestação de Interesse à Administração Pública para a tarefa de obter informações sobre os potenciais licitantes, bem como sobre a potencial capacidade e interesse dos financiadores pelo projeto, colaborando, assim, com um dos quesitos da avaliação qualitativa do projeto. Sem prejuízo, evidentemente, que os estudos oferecidos no Procedimento de Manifestação de Interesse contribuam também com os demais quesitos mencionados.

A *análise quantitativa do mérito*, por sua vez, consiste numa comparação teórica do custo para a prestação de serviços por intermédio da parceria público-privada e para a prestação direta pela Administração Pública. Para essa comparação, leva-se em consideração as projeções de fluxo de caixa do projeto, trazidas a valor presente. A prática, importada do estrangeiro, consiste em elaborar um Projeto Público de Comparação – PPC (*Public Sector Comparator – PSC*) e um Projeto Privado de Referência – PPR (*Shadow Bid, PPP Reference Model* ou *PFI Option*). Os autores descrevem o conteúdo de cada um desses projetos de comparação (ALVES e GRILO, 2011, p. 7-8):

O PPC deve considerar todos os custos com investimentos, despesas operacionais, riscos, tributos e seguros de um projeto desenvolvido da forma tradicional, em face das especificidades e limitações do setor público brasileiro, inclusive no tocante às restrições da Lei nº 8.666/93 e das demais leis que regem a matéria.

Por sua vez, o PPR, no Brasil, pressupõe a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), tal como exige a Lei nº 11.079/04, para cálculo da receita, incluindo a contraprestação pública, que satisfaz todas as

condições para cobertura da remuneração dos investimentos, despesas operacionais, tributárias, financeiras e demais riscos transferidos ao parceiro privado, no âmbito do contrato de PPP.

Sempre que possível, a adoção dessa metodologia é recomendável para as análises de mérito de projetos de parcerias público-privadas – e aqui se incluem as concessões comuns –, salvo quando existirem outras informações, bem fundamentadas e documentadas, que comprovem de antemão a conveniência para promovê-lo. Os dois projetos – Projeto Público de Comparação – PPC e Projeto Privado de Referência – PPR, que contemplam custos e riscos distintos, devem ser comparados para que a Administração Pública conheça a maior ou menor vantajosidade do projeto em relação à prestação direta. Em resumo, empreende-se uma “análise *ex ante* do custo provável da execução dos serviços da forma tradicional vis-à-vis o custo provável do fornecimento dos serviços mediante PPP.” O projeto deve representar ganho de eficiência sobre as outras possibilidades de prestação da utilidade pública. (ALVES e GRILO, 2011, p. 9, 32)

Lucas Navarro Prado (2011, p. 57), em comentário a respeito dessa metodologia, afirma que empreender no Brasil a análise quantitativa pela comparação de projetos é trabalho bastante desafiador, pois há grande dificuldade para encontrar dados seguros sobre os custos de implementação de projetos equivalentes por execução direta ou indireta pela Administração Pública. Ou seja, as informações de custos para empreender o projeto utilizando-se dos contratos regidos exclusivamente pela Lei Federal nº 8.666/1993 não são consistentes. Diante disso, o autor afirma que enquanto durar essa escassez de bancos de dados seguros, a análise de mérito por via da análise qualitativa constitui a melhor orientação.

Em razão de não ser esse o escopo do presente estudo, considera-se suficiente essa breve explicação a respeito da análise de mérito que deve ser empreendida pelo agente público para a tomada de decisão sobre o lançamento da licitação.

Perceba-se que a avaliação de mérito do projeto de delegação de utilidade pública independe da preexistência do Procedimento de Manifestação de Interesse. Em outras palavras, sempre que a Administração Pública pretender delegar alguma utilidade pública, deverá empreender a devida análise de mérito sobre o projeto, ora descrita.

Junto a isso, destaque-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse é instrumento que pode auxiliar a avaliação de mérito dos projetos de delegação. É que nada impede que essas análises tenham sido oferecidas pelos particulares por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse. Pelo contrário, a apresentação de estudos técnicos pelos particulares deve ser estimulada. O fornecimento de subsídios para a avaliação de mérito é bem quisto para a modelagem do projeto. A ressalva, evidentemente, é que cabe à Administração Pública conferir motivadamente a consistência desses estudos e projetos, devendo observar a correspondência deles com a realidade.

Aliás, não se configura admissível que a decisão a ser tomada nesta etapa não seja revestida de motivação e transparência adequadas, seja em favor lançamento da licitação pública, seja pela descontinuidade do projeto. Especificamente, não há como ignorar que quando a Administração Pública lança um Procedimento de Manifestação de Interesse, espera-se que promova o processo licitatório. Pode-se dizer que a licitação pública é a sua tendência natural. Não fosse assim, o instituto seria inócuo, não haveria qualquer vestígio de garantia, sequer moral, para os particulares e, por conseguinte, os riscos seriam desproporcionais.

Em suma, como antes exposto, o princípio da confiança nas relações entre a Administração Pública e o particular impõe limites à discricionariedade daquela em modificar uma postura aguardada por este. Isso porque os atos pretéritos promovidos pela Administração Pública (o lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse), que indicam em certo momento que há uma inclinação para que determinado ato administrativo seja perpetrado (lançamento da licitação pública). O lançamento do procedimento constitui razões legítimas a serem consideradas pelo particular por ocasião do planejamento de seus atos, especialmente se considerado que o Procedimento de Manifestação de Interesse é, via de regra, estimulado pela própria Administração Pública. Não se trata de sustentar a obrigação de se promover a concessão comum ou a parceria público-privada, e sim a peculiaridade de que o particular não pode ser prejudicado por uma súbita e *injustificada* mudança de postura.

Justamente por isso, acaso a Administração Pública opte por não realizar o certame, ou seja, opte por trilhar rumo diverso daquele sinalizado quando lançou o Procedimento de Manifestação de Interesse, deve apresentar a sua motivação, que deverá ser legítima, transparente e suficiente. Não se está defendendo nada além da obrigação que já existe para a Administração Pública. Apenas que se dê uma justificativa sólida

para a decisão, concedendo acesso livre à documentação que embasou essa decisão, a que interessar possa.

Também em respeito ao mesmo princípio da confiança, defende-se que a Administração Pública não poderá, salvo em razão de fatos supervenientes justificadores, iniciar o processo licitatório correspondente ao objeto de estudo do Procedimento de Manifestação de Interesse antes de sua conclusão, o que representaria um ato de deslealdade perante os particulares interessados e autorizados, que seriam notadamente prejudicados pelo lançamento precipitado da licitação pública.

Caso a Administração Pública entenda que a modelagem do projeto atende aos critérios de oportunidade e conveniência, deve dar sequência ao atendimento dos demais requisitos legais (por exemplo, a publicação oficial para justificar a conveniência da concessão comum, a consulta pública prévia em parceria público-privada) e, na sequência promover a licitação pública.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto ao longo desta dissertação, as principais conclusões podem ser sintetizadas pelo seguinte:

1. O Procedimento de Manifestação de Interesse é instituto de direito administrativo cuja juridicidade pode ser deduzida diretamente da Constituição Federal. Dessa sorte, embora o procedimento seja comumente empregado para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas, nada impede que procedimento análogo seja aplicado a quaisquer outras necessidades públicas. Nada obstante, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009 lhe conferem suporte normativo específico. Em específico, o Procedimento de Manifestação de Interesse, atualmente, é instituto relacionado com a elaboração compartilhada de projetos de delegação da prestação de utilidades públicas e, por força dos dispositivos legais, permite-se, inclusive, quando empregado para tais objetos, que haja a vinculação, ao vencedor da licitação pública, da responsabilidade pelo ressarcimento dos dispêndios havidos pelos participantes com os estudos e projetos elaborados durante o procedimento e efetivamente empregados para formar o certame.

2. O Procedimento de Manifestação de Interesse se insere em contexto jurídico-administrativo que se encontra em processo de conformação constitucional e de reestruturação dos institutos clássicos de direito administrativo. Como consequência, o instituto deve ser interpretado e aplicado sob a ótica da Constituição Federal, com o objetivo de imprimir eficácia aos direitos fundamentais e à democracia. Para tanto, requer-se a sujeição estrita de sua regulamentação aos princípios e valores constitucionais, cuja interpretação pode ser, o mais das vezes, emprestada das construções doutrinárias e jurisprudenciais que versam sobre as licitações públicas. Disso se extrai, especialmente, que o procedimento deve ser empregado com a observância enfática da legitimidade material dos atos administrativos. O destaque se dá à necessidade de que todos os atos sejam transparentemente motivados, para que se possa aferir as suas razões de fato e de direito, bem como a isonomia das decisões e a sua conformidade com o interesse público. Assim, todo o procedimento deve ser empreendido de modo a respeitar o usuário como o sujeito central da prestação das utilidades públicas e, para que seja possível conferir eficácia aos direitos fundamentais dos

particulares, deve revestir-se de eficiência econômica e democrática, o que requer espírito de colaboração e consensualidade.

3. No âmbito político-econômico, o Procedimento de Manifestação de Interesse surge como ferramenta que, recém-chegada do exterior, é empregado com frequência cada vez maior pela Administração Pública brasileira, sobretudo sob o manto legítimo das potenciais vantagens de eficiência econômica que percebe aos projetos concessórios. O procedimento qualifica-se como uma técnica consoante à busca pelo aprimoramento dos métodos de trespasse, aos particulares, da prestação de utilidades públicas. Amolda-se, portanto, à tendência delegativa de atividades sob a titularidade do Estado brasileiro, notada pelo ressurgimento do instituto das concessões, iniciada a partir da crise fiscal e incapacidade de financiamento de atividades estatais, cuja origem remete ao acúmulo desmedido de atividades no século XX. Além disso, insere-se em contexto político-social cujo diálogo entre a Administração Pública e os particulares é inevitável e necessário, pelo que conserva, no mínimo, aptidão para institucionalizar esse relacionamento prévio à licitação pública. Assim, atribui autonomia jurídica, com procedimento administrativo próprio e exposição peculiar, ao que comumente se denomina por fase interna da licitação pública, ou seja, em momento bastante preliminar do processo de contratação pública.

4. O Procedimento de Manifestação de Interesse é regulamentado por normas infralegais expedidas pelo Poder Executivo ou diretamente pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Em análise do grau de normatividade que é afeita ao Poder Executivo e em consonância com o propósito de dar eficácia aos direitos fundamentais a partir dos ditames constitucionais, reconhece-se como formal e materialmente legítima a regulamentação infralegal do instituto. A peculiaridade do instituto, que raramente se denota no direito administrativo brasileiro, confere maior liberdade para que cada Administração amolde o procedimento às características e necessidades locais. Em que pese os benefícios, entende-se que a sua disciplina por lei, como é tradicional aos institutos correlatos, representaria medida em prestígio à segurança jurídica e ao desenvolvimento doutrinário do instituto. Todavia, os projetos de lei que pretendem discipliná-lo, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, não correspondem ao que se considera como a regulamentação apropriada para o regime jurídico-administrativo brasileiro.

5. A complementariedade do Procedimento de Manifestação de Interesse às formas de estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas, sob o aspecto econômico, vem a calhar por representar nova alternativa, não onerosa, não exclusiva e não obrigatória, em cenário de notória insuficiência das formas tradicionais – por meio de corpo técnico da Administração Pública ou por contratação de consultores externos. O instituto também tem potencial para complementar os meios atualmente empregados para institucionalizar a comunicação entre a Administração Pública e os particulares em momento anterior à licitação pública, como as audiências públicas, as consultas públicas e o *road show*, especialmente porque, ao contrário desses, a participação se dá em estágio embrionário do projeto concessório. A má formação dos contratos administrativos de delegação da prestação de utilidades pública repercute em índices altos de renegociação, que, em regram, tendem a ser prejudiciais ao interesse público.

6. Os benefícios teóricos do Procedimento de Manifestação de Interesse estão alinhados ao seu potencial de prover eficiência econômica aos contratos administrativos de delegação da prestação de utilidades públicas e, por ocasião da abertura à participação no processo de formação das respectivas decisões administrativas, eficiência democrática ao processo administrativo de estruturação dos respectivos projetos. Estima-se um potencial para materializar uma democracia participativa, ainda que se reconheça ser este o mais nobre e distante dos seus propósitos. O distanciamento deste propósito se dá em razão de que a participação popular não é cultura enraizada na sociedade brasileira, bem como pela existência de assimetria informacional técnica entre a população e aqueles que desenvolvem as atividades de utilidade pública. De todo modo, por meio do procedimento, há um potencial estímulo à participação popular no processo de formação dos atos administrativos decisórios. Esta faceta democrática, ainda que pouco explorada, é concedida de forma mais aprofundada no Procedimento de Manifestação de Interesse do que nos demais instrumentos participativos existentes. Sob o aspecto de eficiência econômica, conjectura-se que a antecipação da competitividade dos particulares interessados em assumir a prestação de determinada utilidade pública traz consequências benéficas ao interesse público, por originar uma tendência à apresentação de projetos com interesses equilibrados entre o concessionário, a Administração Pública e os usuários. O compartilhamento de informações na etapa preparatória das licitações também resulta como potencial vantagem ao reduzir a assimetria informacional notada entre a Administração Pública e os

particulares; ou seja, é o benefício que se extrai do alinhamento de interesses e de conhecimentos técnicos em momento anterior à definição das regras contratuais. O instituto, por institucionalizar a etapa preparatória, confere maior legitimidade ao projeto concessório e, com isso, maior segurança jurídica. Sob outro aspecto, o procedimento transfere os custos que seriam sustentados pela Administração Pública caso optasse pela contratação de consultores externos. Sem o comprometimento de recursos orçamentários, a capacidade de efetivar a delegação da prestação de utilidades públicas, incluídos os serviços públicos e obras de infraestrutura, com maior celeridade, é alavancada. Ainda, o procedimento permite que a Administração Pública tenha acesso a soluções técnicas que doutra forma jamais encontraria, podendo, com isso, formar um banco de projetos consistente para servir como parâmetro e como subsídio às suas atividades futuras.

7. De par com todos os benefícios, inúmeros riscos também foram identificados ao longo do estudo. Entende-se que o uso indevido do Procedimento de Manifestação de Interesse, sem a observância dos princípios e valores que devem nortear a sua regulamentação, sujeita a Administração Pública a derrogar o interesse público. Em específico, dê-se notoriedade ao risco de captura do interesse público pelo interesse ilegítimo dos particulares participantes, o que pode ocorrer por conluio com os agentes públicos responsáveis pelo procedimento ou por ascendência técnica dos primeiros sobre os últimos. Em virtude dos potenciais benefícios do instituto, dentre os quais, o de prover segurança jurídica ao futuro contrato administrativo, há o risco de que seja empregado para legitimar relacionamentos ilícitos pretéritos. Em acréscimo, em conjunto com os riscos de derrogação do interesse público, assentou-se em detalhes o risco de agravamento da cultura de desconfiança dos particulares sobre as atividades da Administração Pública, do império do medo sobre os agentes públicos e do fomento ao controle obsessivo e excessivo.

8. Como remédio primário cujo objetivo é mitigar o risco de captura do interesse público, entende-se que todas as etapas e todos os documentos relacionados com o Procedimento de Manifestação de Interesse devem receber o tratamento de transparência ativa por parte da Administração Pública, o que significa que devem ser prévia e amplamente publicizados pelos canais oficiais de comunicação, com destaque para a rede mundial de computadores. Concluiu-se, a partir da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, que a transparência

ativa sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, nos moldes acima descritos, é imperativo que decorre da Constituição Federal e da legislação brasileira. Esta dedução interpretativa repudia qualquer sigilo sobre o conteúdo das manifestações de interesse, dos dados cadastrais dos participantes ou dos documentos e projetos que viabilizam as licitações públicas de concessões comuns e de parcerias público-privadas. A transparência ativa é defendida em caráter de pressuposto para o emprego do Procedimento de Manifestação de Interesse. Entende-se que, de modo contrário, o interesse público estaria demasiadamente arriscado a ser derogado por interesses distintos, em desatendimento da função administrativa. Uma vez empregada a transparência ativa sobre a etapa preparatória dessas licitações públicas, entende-se que o interesse público estará melhor resguardado do que num cenário sem o Procedimento de Manifestação de Interesse.

9. Em respeito aos aspectos comuns de sua regulamentação, concluiu-se que a Administração Pública não deve impor requisitos de participação que não possam ser alcançados pelos particulares interessados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, em respeito à ampla participação, sem prejuízo de que eventuais qualidades intrínsecas ao participante sejam consideradas como um dos quesitos de avaliação no momento de seleção dos estudos e projetos. Igualmente, assentou-se que a restrição do objeto de aplicação existente em alguns decretos regulamentadores do Procedimento de Manifestação de Interesse, que afastam a sua aplicação, por exemplo, sobre as concessões comuns, não impedem que o procedimento seja promovido para estruturar projetos análogos, inclusive que, para tanto, seja utilizado por analogia o próprio regulamento expedido. Firmou-se, também, que à Administração Pública compete o devido detalhamento do escopo dos estudos e projetos a serem elaborados, em conjunto com a adequada correlação dos critérios objetivos de avaliação do material, sobretudo quando diante de Procedimento de Manifestação de Interesse com previsão de direito de ressarcimento pelos dispêndios havidos com estudos efetivamente empregados na licitação pública. Outras conclusões principais do estudo, relacionadas com a regulamentação do instituto, referem-se à possibilidade de que o particular provoque a Administração Pública a lançar o Procedimento de Manifestação de Interesse; à não preclusão de participação no procedimento mesmo após escoado o prazo de solicitação da autorização, sem prejuízo de que este participante não receba o mesmo tratamento dos demais; à imperatividade da exigência de eventual cessão

dos direitos autorais patrimoniais por ocasião de emprego dos estudos e projetos na licitação pública; à publicidade integral do edital de solicitação de manifestação de interesse e dos estudos apresentados na rede mundial de computadores; à impossibilidade de se promover reuniões privadas com os participantes, restando apenas as sessões abertas e acessíveis; à possibilidade de se promover o Procedimento de Manifestação de Interesse sem qualquer previsão de direito de ressarcimento pelos dispêndios havidos.

10. A conclusão do estudo é no sentido de que o Procedimento de Manifestação de Interesse representa um instituto com grande potencial para prover eficiência econômica e democrática às delegações de utilidades públicas. Entende-se que os riscos que lhe envolvem são comuns ao regime jurídico-administrativo. Ou seja, são pressupostos da atuação em compartilhamento de interesses público-privados e percebem efeitos sobre todos os institutos de direito administrativo contratual. Dessa sorte, embora esses, por evidência, sejam aplicáveis ao Procedimento de Manifestação de Interesse, entende-se que a observância dos princípios e valores cultivados pelo direito administrativo contemporâneo, consentâneo à Constituição Federal, colocam a Administração Pública em posição de vantagem em relação a um cenário em que inexistente esta alternativa. Bem verdade, acredita-se, como sói averbado ao longo do presente, que o fundamento primário a ser observado para que efetivamente o instituto proveja eficiência econômica e democrática aos projetos concessórios é a transparência. Esta defesa é conclusão marcante e inarredável do estudo, sem a qual, por maiores que sejam as potenciais virtudes do instituto, não haveria consistência jurídico-constitucional suficiente para defendê-lo como expediente administrativo apropriado aos desígnios da sociedade brasileira no século XXI.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. Rio de Janeiro: Rev.Adm. Pública. vol. 40, n. 4, 2006, p. 679-698.

ALAGOAS (Estado). **Decreto nº 4.067, de 7 de agosto de 2008**.

Disponível em:

<<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/decretos/2008/10/decreto-4067/at_download/file>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

ALMEIDA, Carlos Alberto. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Rocque; ZYMLER, Benjamin. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALTHUON, Margret; BIAZZI, Luís Augusto; BONINI, Mario Roque; CINTRA, Luis Carlos; GRANJA, Sandra Inês Baraglio; PECHT, Waldomiro. **Descentralização e privatização nos setores de infraestrutura no Estado de São Paulo**. São Paulo: FAPESP, 1999.

ALZUGARAY, Domingo (ed.). **Biografia de grandes empresários – Barão de Mauá**. São Paulo, Editora Três, 1998.

AMARAL FILHO, Antonio Carlos Cintra do; CAMARGO, Guilherme Bueno de; SLOMSKI, Valmor. SLOMSKI, Vilma Geni. **A demonstração do resultado econômico e sistemas de custeamento como instrumentos de evidenciação do cumprimento do princípio constitucional da eficiência, produção de governança e accountability no setor público: uma aplicação na Procuradoria-Geral do Município de São Paulo**. Revista de Administração Pública, vol.44, nº4, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000400008&lng=en&nrm=iso>> Acesso em: 24 mar. 2013.

ANDRADE, Odilon C. **Serviços Públicos e de Utilidade Pública**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937.

ANUÁRIO EXAME INFRAESTRUTURA 2012. São Paulo: Editora Abril, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010 p. 1-22

_____. **As PPPs e as concessões administrativas**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BAGATIN, Andreia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BAHIA (Estado). **Decreto nº 12.653, de 28 de fevereiro de 2011**. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Decreto_N12.653-2011PMI.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2013

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBEIRO, Heródoto; CANTELE, Bruna. **O livro dos políticos**. São Paulo: Ediouro, 2008.

BATISTA, Adrian Machado; GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada**. III Congresso Consad de Gestão Pública, 2010. Disponível em: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CON

SAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf Acesso em: 8 jul. 2012.

BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **Procedimento de manifestação de interesse e as modalidades de participação na estruturação de projetos de parcerias**. Exposição oral no Fórum de Gestão Pública em Santa Catarina em 7 de março de 2013. Florianópolis, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece": A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, p. 77-90.

BILAC PINTO, Olavo. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2^a ed. atual. Por Alexandre dos Santos Aragão. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. [original publicado em 1941]

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf> Acesso em: 4 mar. 2013.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, 1986.

BOWEN, Paul A.; EDWARDS, Peter J. **Risk management in project organisations**. Oxford, Reino Unido: Elsevier, 2005

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 113

BRANCO, Plínio Antonio. **Serviços de utilidade pública: a doutrina do custo de reprodução e suas absurdas consequências**. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1943.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>> Acesso em 25 mar. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em: 2 mar. 2013.

_____. **Decreto de 30 de junho de 1835**. Disponível em:
<<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=67219>>> Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 34, de 26 de agosto de 1833**. Disponível em:
<<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=67120&norma=83057>>> Acesso em 4 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 24, de 17 de setembro de 1835**. Disponível em:
<<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=63565&norma=79461>>> Acesso em: 4 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 101, de 31 de outubro de 1835**. Disponível em:
<<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=65186&norma=81095>>> Acesso em: 4 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852**. Disponível em:
<<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=62399&norma=78285>>> Acesso em: 4 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>> Acesso em: 7 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-

2006/2006/Decreto/D5977.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.** Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm>> Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>> Acesso em 25 mar. 2013

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>> Acesso em: 6 mar. 2013.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.**
Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>> Acesso em: 12 mar. 2013.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>> Acesso em: 27 mar. 2013.

_____. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>> Acesso em 27 mar. 2013

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>> Acesso em 27 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>> Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994.** Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm>> Acesso em: 27 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm>> Acesso em 27 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm>> Acesso em: 27 mar. 2013.

_____. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos

relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>> Acesso em: 3 fev. 2013.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>> Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>> Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>> Acesso em 17 mar. 2013

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>> Acesso em: 7 mar. 2013.

_____. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e outros. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>> Acesso em: 7 mar. 2013.

_____. **Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009.** Dispõe sobre a dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre capital próprio pela Caixa Econômica Federal e dá outras providências.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11922.htm>> Acesso em: 9 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, entre outros.

Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>> Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Projeto de lei nº 7067/2010.** Disponível em <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472056>>> Acesso em: 3 dez. 2012.

BROD, César. **Transparência Pública Radical.** In: RESENDE, André (org.). *Governo brasileiro no futuro: sugestões e desafios para o Estado (2012-2022)*, São Paulo: Editora Cuzbac, 2012.

BUCHANAN, James McGill. **Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica.** [S. l.]: OrdemLivre.org, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado Constitucional de Direito.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts.** Yale Law Journal, 1961.

CALASANS JUNIOR, José. **O credenciamento e a manifestação de interesse como modalidades de licitação.** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 219, p. 461-463, maio 2012.

CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do Império.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

_____. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. **Manual de expressão oral e escrita**. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1977.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CAMPOS, Francisco. **As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos**. Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 26, nº50, p. 185-206, 2008

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot S.A., 1973.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia**. In: *Regulação, Direito e Democracia*. FARIA, José Eduardo (org.) São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 13-26.

CEARÁ (Estado). **Decreto nº 30.328, de 27 de setembro de 2010**.

Disponível em:

<<<http://www.seplag.ce.gov.br/images/stories/Planejamento/Parcerias-Publico-Privadas/Decreto30328-27set10-ManifestacaoInteresse-DOE%2021-DEZ-10.pdf>>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. **Portal da transparência: sobre o portal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<<http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/>>. Acesso em: 15 mar. 2013

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. Chicago: Journal of Law and Economics, 1960.

COMITÊ GESTOR DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – CGP.

Solicitação de Propostas nº 01/2013. Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/complexoitaguaimodulo_1/arq_down/solicitacao_propostas_pnrs.pdf>> Acesso em: 9 mar. 2013.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

COUTINHO, Diogo R. **Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil**. In: Regulação, Direito e Democracia. FARIA, José Eduardo (org.) São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 67-94.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da União (Lei n. 9,784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005

CRUZ, Flávio da; PLATT NETO, Orion Augusto; ENSSLIN, Leonardo; ENSSLIN, Sandra Rolim. **Publicidade e Transparência das Contas Públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira**. 5º Congresso USP Controladoria e Contabilidade: Contabilidade, Cidadania e Responsabilidade Social. São Paulo, 2005. Disponível em: <<<http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos52005/89.pdf>>> Acesso em: 15 mar. 2013

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitações**. 7. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006

DANIELS, Ronald J.; TREBILCOCK, Michael. **An organizational analysis of the public-private partnership in provision of public infrastructure**. In: ROSENAU, Pauline Vaillancourt (org.). Public-private policy partnerships. Massachusetts Institute of Technology – MIT, 2000

DELLACHA, Georgina; HODGES, John T. **Unsolicited Infrastructure Proposals: how some countries introduce competition and transparency**. Public-private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF, Washington, DC, Estados Unidos da América, 2009. Disponível em: <<<http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/WP1-Unsolicited%20Infra%20Proposals%20-%20JHodges%20GDellacha.pdf>>> Acesso em: 21 mar. 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 anos de direito administrativo brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, nº 10, Salvador, Bahia, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>> Acesso em 28 mar. 2013.

_____. **O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade**. In: Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo, Editora Atlas, 2012a.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Editora Atlas, 2012b.

DRUCKER, Peter. **Administração de organizações sem fins lucrativos: princípios e práticas**. Trad. de Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.

DUCRET, A. P. **Evolução dos métodos de licitação de obras públicas em diversos países**. Trad. de Fernando Viola Reis Dias. São Paulo: Sinduscon, 1984. [original publicado em 1955]

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Trad. de Márcio Pugliesi. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Decreto nº 2.889-R, de 01 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.ppp.es.gov.br/_midias/pdf/380-4ebbb9549ead.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

FAORO, Raimundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista USP, nº17, p.14-29, São Paulo, 1993.

_____. **Os donos do poder**. 3ªed. rev. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FISCHER, Ronald. **The PPP bidding process**. Universidad de Chile, 2012. Disponível em:
<http://www.theigc.org/sites/default/files/Session%204%20-%20Ronald%20Fischer.pdf> Acesso em: 10/3/2013.

FISCHMANN, Filipe. **Direito e economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Dissertação (Mestrado em Direito), 2010.

FRANCA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FRIEDLAND, Claire; STIGLER, George J. **What can regulators regulate? The case of electricity**. Journal of Law and Economics Vol. 5, 1962, p. 1-16. Disponível em:
 <<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/725003?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101815804313>>> Acesso em: 23 mar. 2013

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social**. Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 86, 27 set. 2003 .

Disponível em: <<<http://jus.com.br/revista/texto/4283>>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Princípios e Normas Gerais**. I Seminário de Direito Administrativo - TCMSP, "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", 14 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm>> Acesso em: 14 mar. 2013.

GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura da privatização no Brasil**. In: *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (ed.). Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Governo Federal, 2000, p. 13-44

GOIÁS (Estado). **Decreto nº 7.365, de 9 de junho de 2011**. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_decretos.php?id=8452>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

GORDILLO, Agustín A. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRILO Leonardo Melhorato; ALVES, Rubens Teixeira; **Guia prático de análise do Value for Money em projetos de PPP**, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado. 2011. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf>> Acesso em: 3 fev. 2013.

_____. **As agências reguladoras**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade**

administrativa. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 24, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia.** Trad. de Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GUERRA, Evandro Martins; NAVES, Luís Emílio Pinheiro. **Políticas públicas na fase interna da licitação.** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 228, p. 132-137, fev. 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público.** São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Parceria público-privada.** São Paulo: Saraiva, 2012b. HARB, Karina Houat. **A revisão na concessão comum de serviço público.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

_____. **Os fundamentos da liberdade.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo, Visão, 1983.

HAZLITT, Henry. **Economia numa única lição.** [S. l.]: OrdemLivre.org, 2011. Disponível em: <<http://http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=25.pdf>> Acesso em: 8 dez. 2012.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre.** trad. rev. por Gesner de Wilton Morgado, Rio de Janeiro: Editora Melso Soc. Anônima, 1963

IRONS, Peter. **A people's history of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution.** New York, US: Penguin Books, 2006.

JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques de; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. **Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas – concessão,**

regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda., 1996.

JORDAN, William A. **Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation.** Journal of Law and Economics, Vol. 15, No. 1, 1972, p. 151-176. Disponível em: <<<http://www.jstor.org/stable/725019>>> Acesso em 24 mar. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos.** 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos.** São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Contrato de gestão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito administrativo democrático.** São Paulo: Editora Fórum, 2010.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Trad. de Bárbara Kristensen. Rianxo, Espanha: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LAUMONIER, Bolívar. **Utilidades públicas, cidadania e participação.** In: *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública.* PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (ed.). Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Governo Federal, 2000, p. 329,338.

LINCOLN, Abraham. **The Gettysburg Address.** Gettysburg, Pennsylvania. Estados Unidos da América, 1863. Disponível em: <<<http://www.gutenberg.org/dirs/etext90/getty11h.htm>>> Acesso em: 19 mar. 2013.

LOUREIRO, Caio de Souza. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI): avanços e necessidades.** Portal Migalhas, 2012. Disponível em: <<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148799,61044-Procedimento+de+manifestacao+de+interesse+PMI+avancos+e+necessidades>>> Acesso em 20 mar. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: O Caso Telefone Social.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 4, v. 14, p. 75-115, 2006.

_____. **Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 2, v. 8, p. 99-121, 2004a.

_____. **Cobrança pelo Acesso a Rodovias para Exploração de Atividade Econômica.** Revista Trimestral de Direito Público, v. 47, p. 115-141, 2004b.

_____.; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal.** Revista de Direito Público da Economia Rdpe, ano 1, v. 1, p. 69-93, 2003a.

_____. **Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás.** Rdpe Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 2, v. 6, p. 97-125, 2004c.

_____. **Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 223, p. 133-152, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 16ª ed. ver, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Licitação e contrato administrativo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENGER, Carl. **Princípios de economia política**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MIGUEL, Luis Felipe. **Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política**. Revista de Sociologia Política, Curitiba, n. 25, p. 25-38, nov. 2005.

MINAS GERAIS (Estado). **Decreto nº 44.565, de 3 de julho de 2007**. Disponível em: <<<http://www.azevedosette.com.br/ppp/legislacao/download/112>>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

MISES, Ludwig von. **Human action**. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 1998.

_____. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2. ed., 2010.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs [coords.]. O direito e o futuro – o futuro do direito. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

_____. **Direito das concessões de serviço público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio *in* **Direito administrativo das parcerias**. (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias: legislação atualizada, comentários, jurisprudência, quadros demonstrativos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MUKAI, Toshio. **Critério de julgamento nas licitações das PPPs.** Valor Econômico de 31 de janeiro 2005. Disponível em <http://www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios/31.01.2005.1.ph> Acesso em: 14 mar. 2013

NAOCHA. **Anti-plastic and Zero Garbage Campaign.** In: PILLAPA, Prakash. Civic Sense. New Delhi, India: Excel Books, 2012, p.

NATIONAL COOPERATIVE HIGHWAY RESEARCH PROGRAM. **Public sector decision making for public-private partnerships.** Washington, Estados Unidos da América: NCHRP Sythesis 391, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **O novo regime constitucional da medida provisória.** São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Pregão presencial e eletrônico.** 5ª ed. ver. atual. e ampl. Curitiba: Editora Zênite, 2008.

_____. **Princípio da isonomia na licitação pública.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2000.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008

NÓBREGA, Marcos. **Análise econômica do direito administrativo.** In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito & Economia no Brasil, 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

O'DONNELL, Guilherme. **Delegative Democracy.** Journal of Democracy, Vol. 5, No. 1, January: p. 55-69, National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press, 1994. Disponível em: <<<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/11566.pdf>>> Acesso em 2 abr. 2013

ODIFREDDI, Piergiorgio. **Os para-doxa da democracia.** Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2010. Disponível em:

<<<http://www.abdconst.com.br/revista3/piergiorgiooodifreddi.pdf>>>
Acesso em 23 mar. 2013.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração Pública: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEISAKHIN, Leonid. **Transparency and Corruption: Evidence from India**. Journal of Law and Economics, Vol. 55, No. 1, 2012, p. 129-149. Disponível em:
<<<http://www.jstor.org/stable/10.1086/663727>>> Acesso em 24 mar. 2013.

PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. **Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI**. Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2012. Disponível em:
<<<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>>> Acesso em: 6 mar. 2013.

_____. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?** Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2011. Disponível em:
<<<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>>> Acesso em 6 mar. 2013.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004

PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e justiça: conceitos e evidência empírica**, [S. l], 2001. Disponível em:

<http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf> Acesso em: 21 mar. 2011.

_____. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados.** [S. l.]: Texto para discussão nº 966, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0966.pdf> Acesso em: 18 mar. 2011.

POSNER, Richard Allen. **A Economia da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teorias da regulação econômica.** In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais.** Trad. de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 3ª ed., 2004.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Condições prévias para a licitação de uma PPP.** In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47-70.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **A ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a transformação de sua finalidade inicial.** Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 226, p. 1232-1233, 2012.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro para uso das faculdades de direito do Imperio.** Recife: Typographia Commercial de Geral Henrique de Mira & C., 1860. Disponível em:

<<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000094.pdf>>>
Acesso em: 22 mar. 2013.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, Livreiros-Editores 87, 1866. Disponível em: <<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000081.pdf>>>
Acesso em: 22 mar. 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 43.277, de 7 de outubro de 2011**. Disponível em: <<<http://www.azevedosette.com.br/ppp/legislacao/download/174>>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Resolução PGE nº 3075, de 25 de janeiro de 2012**. Disponível em: <<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34056258/derj-poder-executivo-01-02-2012-pg-48/pdfView>>> Acesso em 20 mar. 2013.

ROTHBARD, Murray N., **A Ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **A falácia do “setor público”**. OrdemLivre.org, 2008. Disponível em <<<http://www.ordemlivre.org/2008/12/a-falacia-do-%E2%80%9Csetor-publico%E2%80%9D/>>> Acesso em: 21 mar. 2013

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da arbitragem**. [S. l] Manual de Direito e Economia no Brasil (no prelo). Ed. Atlas, 2011. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/53> Acesso em: 13 set. 2011.

SANTA CATARINA (Estado). **Decreto nº 962, de 8 de maio de 2012**. Disponível em: <<<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2012/000962-005-0-2012-003.htm>>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileiro, 2002.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 57.289, de 30 de agosto de 2011**. Disponível em: <<
<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto%20n.57.289,%20de%2030.08.2011.htm>>>. Acesso em: 11 mar. 2013

_____. **Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004**. Disponível em:
 <<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2004/decreto%20n.48.867,%20de%2010.08.2004.htm>>> Acesso em 11 mar. 2013

_____. **Lei nº 10.177, de 30 dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em:
 <<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/resplei10177.htm>>> Acesso em: 15 mar. 2013.

SARDENBERG, Carlos Alberto. **Neoliberal, não. Liberal: para entender o Brasil de hoje e de amanhã**. São Paulo, Globo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010 p. 219-248

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Aspectos relativos à elaboração de**

projetos nas parcerias público-privadas. In: (TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coords.)). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 295-319.

_____. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **A regulamentação e a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse no Estado de Santa Catarina – Comentários a respeito do Decreto estadual nº 962/12.** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 225, p. 1130-1138, nov. 2012.

_____. **A sujeição do contrato administrativo à arbitragem como expressão de liberdade e eficiência.** Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, Orientação por Sérgio Urquhart de Cademartori; e Joel de Menezes Niebuhr. Florianópolis, 2011.

Disponível em:

<<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/tcc-ghcs-versaodeentrega.pdf>>> Acesso em 21 fev. 2013

_____. **Anotações sobre o regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública na rede mundial de computadores.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n.146, abr. 2013.

SEIBEL, Erni J. **Administração e cultura ético-política.** Florianópolis: Revista Buscalegis, nº 26, ano 14,1993.

SERGIPE (Estado). **Resolução nº 1, de 6 de junho de 2008, do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Sergipe, PROPPPSE.** Disponível em: <<<http://www.azedosette.com.br/ppp/legislacao/download/140>>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STIGLER, George J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1, Spring, pp. 3-21, 1971. Disponível em: <<http://www.giuripol.unimi.it/Materiali%20Didattici/Regolazione%20dei%20Mercati%20-%20Ammannati/STIGLER_economicRegulation.pdf>> Acesso em 4 mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **O direito administrativo entre os clips e os negócios**. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 5, n. 18, p. 33- 39, Abr./Jun. 2007.

_____. (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público (estudos e pareceres)**. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES DA SILVA, Suzana. **Um novo direito Administrativo?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

TEIXEIRA, Angelina. **Diálogo Concorrencial – Monólogo ou mito?** Pós-Graduação Contratação Pública Prática. Universidade Católica do Porto, 2010. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/angelinateixeira_dialogoconcorrencial.pdf>> Acesso em: 11 mar. 2013.

TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. **Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (Unsolicited Proposals)**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. p. 523-572, 2010.

TOSTES, Lahyr Paletta de Rezende. **Serviços de utilidade pública e alguns de seus problemas**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

TRANSITE COOPERATIVE RESEARCH PROGRAM. **E-Transit: electronic business strategies for public transportation**. TCRP Report 84, 2011.

TURSI, Oswaldo Lelis. **Manifestação de Interesse**. Informativo de Licitações e Contratos: Doutrina 734/210/AGO/2011. Curitiba: Consultoria Zênite.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. **Public Private Partnerships for environmental facilities: a self-help guide for local governments**. 1990.

VICENTE DO SALVADOR, Frei. **História do Brasil**. Bahia, 1627.

Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000138.pdf>

Acesso em: 3 mar. 2013.

VIEGAS, Weverson da Silva. **O direito à informação como pressuposto para a participação popular no Estatuto da Cidade**. Revista da Faculdade de Direito de Capos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003/2004, 2004, p. 671, 683.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. **Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo das parcerias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre A. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95**

e **9.074/95 e legislação subsequente**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZANOTELLO, Simone. **Concurso**. RHS Licitações. Disponível em: <http://novo.licitacao.com.br/apoio-juridico/artigos/81-concurso.html>
Acesso em: 12 mar. 2013.

ZOCKUN, Maurício. **A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do artigo 21 da Lei 8.987**. São Paulo: Última Instância Editorial Ltda., 2012. Disponível em
<<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/58071/a+constituicao+e+o+pmi+nas+concessoes+os+confins+do+artigo+21+da+lei+8.987.shtml>>> Acesso em: 15 mar. 2013.

ZYMLER, Benjamin. **A ‘Procedimentalização’ do Direito Administrativo**. Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, 2003. Disponível em:
<<http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/palestras/palestra_zimler.pdf>>
Acesso em 6 abr. 2013.